
INSTITUIÇÕES ORPHANALOGICAS

PELO CONSELHEIRO

JOAQUIM IGNACIO RAMALHO

LENTE DA PRIMEIRA CADEIRA DO QUINTO ANNO DA
FACULDADE DE DIREITO DA IMPERIAL CIDADE

DE S. PAULO.

COMMENDADOR DA ORDEM DE CHRISTO,
OFFICIAL DA ROSA ETC.

S. PAULO

TYPOGRAPHIA DE JORGE SECKLER, RUA DIREITA 15.

1874

DEDICATORIA

Illm. Exm. Snr. Conselheiro

João Crispiniano Soares.

Depois da publicação da Praxe Brasileira em 1869, coordenei alguns apontamentos que havia feito sobre o Processo Orphanologico, sem que tivesse intenção de dar publicidade á esse trabalho, reservando-o para o meu uso particular; porque, a não ser a velleidade de querer passar por autor, nem um outro incentivo pode ter o homem de letras para escrever uma obra de direito.

Houve, porém, alguém que, sem autorização nossa, fez publicar pelos jornaes que escreviamos sobre a Orphanalogia; e desde então persuadirão-se muitos que havíamos feito comprommisso de dar ao prelo um trabalho orphanologico.

Sem ter ainda mudado de resolução, submetti esse escripto ao juizo. autorizado e sincero de V. Ex. pelo habito em que estamos de communicarmos reciprocamente nossos trabalhos literarios

O parecer de V. Ex. sobre o meu escripto me lisongeu tanto, que demoveo-me á publical-lo com o titulo — Instituições Orphanalogicas —; e para isso fiz uma nova revisão, melhorando a ordem das materias, e accrescentando muitas notas explicativas do texto para provar melhor a doutrina.

E' este pequeno trabalho que dedico e offereço á V. Ex. exercitando assim os sentimentos de particular estima e consideração que tenho para com o jurisconsulto consummado, o amigo desde a infancia, o

companheiro dos estudos e fadigas literarias, e o collega do Magisterio por tantos annos.

Acceitando V. Ex. esta offrenda, e consentindo que publique debaixo dos auspicios de V. Ex., muito obrigará á quem tem a honra de assignar-se

De V. Ex.

Particular amigo e Collega

Joaquim Ignacio Ramalho.

INSTITUIÇÕES ORPHANALOGICAS

PARTE GERAL.

TITULO PRIMEIRO

Da Herança e da Successão

CAPITULO PRIMEIRO

Da Herança

NOÇÃO.

§ 1 A herança é o patrimonio do defunto com todos os seus encargos ⁽¹⁾, e subjectivamente considerada define-se: A successão em todos os direitos que teve o defunto ao tempo de sua morte ⁽²⁾. Mas esta definição não convem ao definido; porque a successão é a transmissão dos direitos activos e passivos do defunto para a pessoa do herdeiro, e não a universalidade dos mesmos direitos que é o que constitue e forma a herança (§. 9.) ⁽³⁾.

Comprehende-se na herança:

I) As cousas corporeas, moveis ou immoveis, que passarão do defunto aos seus herdeiros e não só aquellas que possuirá á titulo de

¹ Mülbenbruck Doutr. Pand. Part. Spec Liv. 5. Cap. 2. § 614; Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 1.

² D. Liv. 50. tit. 16. frag. 24.; tit. 17. frag. 62.; Oliv. de Munere Prov. Cap. 4. n. 11.; Mülhenbruck cit. § 614.

³ Vin. ad Inst. Liv. 2. tit. 2. n. 4; tit. 9. § 7. n. 3.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 1. Entende-se por patrimonio do defunto os bens que ficam depois de deduzidas todas as dividas; D. Liv. 50. tit. 16. frag. 165, Quem possui duzentos e deve cinquenta, tem na realidade somente cento e cinquenta; porque todo excedente é dinheiro alheio, que um dia ha-de ser restituído; D. Liv. 28. tit. 5. frag. 35. § 1.; Liv. 35. tit. 2. frag. 66. § 1.; Liv. 36, tit. 1. frag. 1. § 18.; Valasc. Partit. Cap. 17. n. 6.; Cap. 23. n. 21.

propriedade, como também aquellas em que não tinha senão o dominio util, e bem assim as que, pertencendo á outrem, conservava de boa fé (⁴);

II) As cousas que o defunto possuía condicionalmente, ainda que, pelo evento da condição, possam deixar de pertencer á herança (⁵);

III) O parto dos animaes, ainda depois de começada a acção e tudo quanto provem dos bens da herança (⁶);

IV) O augmento dos fundos de terra por alluviação (⁷);

V) As cousas que os herdeiros adquirem com os dinheiros da herança (⁸);

VI) As cousas que forão possuidas pelo defunto, e que os herdeiros prescreverão, assim como aquellas que forão compradas pelo defunto, cuja tradição se fez aos herdeiros (⁹);

VII) Os direitos, obrigações (¹⁰) e acções transferiveis (§.3.) (¹¹);

⁴ D. Liv. 5. tit. 3. frag. 18. § 2.; liv. 10. tit. 2. frag. 10.

⁵ D. Liv. 10. tit. 2. frag. 12. § 2.

⁶ D. Liv. 5. tit. 3. frag. 20. § 3.: frag. 25. § 20.; frag. 26.: Liv. 10. tit. 2. frag. 11.; Cardozo Praxe verb. Haereditas n. 12. O filho de mulher escrava nasce livre; mas o senhor tem direito ás vantagens que lhe concede o artigo 1.º da Lei N.º 2040 de 28 de Setembro de 1871.

⁷ D. Liv. 5. tit. 3. frag. 20. § 3.; Mülhenbruck. Doutr. Pand. § 697.

⁸ D. Liv. 5. tit. 3. frag. 20. § 1.; Liv. 31. de legat. 2. frag. 70. § 3. Isto porém se entende quanto as cousas que forão compradas com o dinheiro e em nome da herança; mas sendo compradas em nome proprio, ainda que com o dinheiro da herança, pertencem ao comprador. No caso porém, de duvida presumem-se compradas em nome proprio, e não da herança; Pedro Barb. ad Rubr. Solut. matrim. Part. 3. n. 73. Também considerão-se pertencentes á herança as cousas compradas em nome e utilidade d'ella, posto que o dinheiro não seja hereditario; Brunem, in Pand. liv. 5. tit 3. fr 20. n. 1. 2, 3.

⁹ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 9.; liv. 41. tit. 3. fr. 31. § 5.; fr. 40.; fr. 44. § 5.: Mülhenbruck Doutr. Pand. §697.

¹⁰ Cod. Liv. 4. tit. 2. fr. 1.; D. Liv. 5. tit. 3. fr. 18. § 2.; Liv. 10 tit. 2. fr. 2. § 5.; Ord. Liv. 4. tit. 42. in fine.; tit. 45. §§. 1, 2, 3.: Alv. 3 de Nov. 1753.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 7.

¹¹ D. Liv. 5. tit. 3. fr. 18.; fr. 20. § 4.; Cardozo Prax. vero. Haereditas n. 28.

VIII) As prestações pessoais, como são: 1.º) os frutos e os proveitos, que o herdeiro tem tirado da herança (¹²); as despesas feitas por causa d'ella (¹³), as perdas e danos causados nos bens hereditarios (¹⁴);

Em geral, denominão-se *hereditarias* todas as cousas, cujo dominio ou quasi, estava em poder do defunto ao tempo da sua morte; e *achadas na herança* as possuidas por outro titulo, assim como o penhor, o commodato etc. (¹⁵).

Do Herdeiro.

§ 2 Toma a denominação de *herdeiro* aquelle que substituo a pessoa do defunto, e entra activa e passivamente em todos os direitos d'elle (¹⁶). Conserva a mesma denominação o herdeiro do herdeiro, e assim ao infinito (¹⁷).

Pouco importa que uma pessoa só, ou muitas succedão ao defunto, ainda que tenham nos bens somente uma parte *pro rata* (¹⁸).

Quando alguém succede ao defunto immediatamente depois da sua morte, se diz herdeiro directo; o quando se lhe transmite a successão, em todo ou em parte, por intermedio do herdeiro directo, denomina-se *fiduciario* (¹⁹). Aquelle, porém, que succede nos direitos activos particulares do defunto, é um successor particular, e n'esta classe se comprehendem os legatarios, os fideicommissarios singulares, e os donatarios *causa mortis*

¹² D. Liv. 5. tit. 3. fr. 20. § 3.; Liv. 10. tit. 2. fr. 44. § 3.; Bruneman. Com. ad. Pand. Liv. 5. tit. 3. fr. 20. § 3.; Huber. ad. Inst. Liv. 4. tit. 6. n. 22.; Camin. de Libel. Annot. 18. n. 11.

¹³ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 18. § 3.; tit. 3. fr. 4. § 3.; fr. 5.; Camin. de Libel. Annot. 18. n. 11.; Huber. ad. Inst. Liv. 4. tit. 6. n. 22.

¹⁴ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 16. § 4.; fr. 17.; fr. 25. § 16.; Huber. ad Inst. Liv. 4. tit. 6. n. 22.; Camin. de Libel. Annot. 18. n. 11.

¹⁵ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 29.; Bruneman. ao cit. fr. n. 1. segg.

¹⁶ D. Liv. 29. tit. 2. fr. 37.; Ord. Liv. 4. tit. 48. § 3.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 7.

¹⁷ D. Liv. 35. tit. 1. fr. 94. § 1.; Cardozo Prax. verb. Haereditas n. 22.

¹⁸ D. Liv. 28. tit. 5. fr. 9. § 12.; Mackeldey Man. Droit. Romain. § 633.

¹⁹ Inst. Liv. 2. tit. 23. § 2.; Mackeldey cit.

(²⁰). Differe o herdeiro do successor particular, em que este não fica obrigado pelas dividas da herança, nem ainda quando lhe tenha sido legada uma propriedade hypothecada pela divida do defunto (²¹). N'este caso o legatario, assim como qualquer outro possuidor d'uma coisa hypothecada, pode ser accionado pela acção hypothecaria, sem que fique pessoalmente devedor do credor da herança (²²).

Dos direitos que se transmittem aos herdeiros.

§ 3 A morte de uma pessoa extingue todos os seus direitos de familia; mas não os direitos sobre os bens, que, por effeito da lei, se transmittem á outras pessoas, passando ao herdeiro a propriedade e a posse do defunto, immediatamente depois de seu fallecimento, sem dependencia de aprehenção corporea, ainda que o successor ignore que é o herdeiro (²³). Pelo que resulta que os herdeiros testamentarios, ou legitimos, fallecendo depois do testador, posto que não tenham addido nem repudiado a herança, transmittem-na por sua vez á seus herdeiros; e fallecendo em vida d'aquelle de quem são herdeiros, nada transmittem como successores d'elle porque não ha herança de pessoa viva. O que fica dito se entende somente acerca dos direitos transmissiveis (²⁴), e não dos que são personalissimos, que não passam aos herdeiros, assim como o

²⁰ Coelho da Rocha § 688.

²¹ D. Liv. 20. tit. 1. fr. 16. § 3.; fr. 19.; Bruneman. Com. in Cod. Liv. 4. tit. 16. fr. 7. n. 1. Pelo que resulta que, se fôr deixado á alguém o usufructo d'uma propriedade, não pertence ao usufructuario o onus de pagar as dividas do defunto, mas sim ao herdeiro; Bruneman. cit. n. 3.; Covarr. Resol. Liv. 2. Cap. 2. Comtudo, quando fôr destribuida toda a herança em legados particulares, ou estes absorverem toda ou a maior parte d'ella, ficando insolvente, devem os legatarios satisfazer as dividas e os encargos *pro rata*; porque a causa dos credores prevalece á dos legatarios; Bruneman. cit. n. 2.; Coelho da Rocha § 696.

²² Cod. Liv. 4. tit. 16. fr. 2. 7.; Bruneman. ao cit. frag. n. 1.

²³ Alv. de 9 de Nov. 1754; Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 7.

²⁴ Ord. Liv. 3. tit. 11. § 2.; tit. 38. § 6.; tit. 50. § 12.

direito de demandar ao credor pela acção decendiaria; de revogar a doação por ingratidão, e outros ⁽²⁵⁾.

Da addição da herança.

§ 4 Adição da herança é o acto pelo qual o herdeiro declara que a aceita, quer tenha sido defferida por testamento, quer *ab intestado* ⁽²⁶⁾.

Este acto não depende de solemnidade alguma, pode ser manifestado por palavras ⁽²⁷⁾ ou por factos ⁽²⁸⁾. Aceita a herança, não pode mais ser renunciada, senão pelo beneficio da restituição ⁽²⁹⁾.

Por direito commum a addição tinha dois fins principaes: A transmissão da herança addida, e o nascimento de direitos e de obrigações, assim entre os mesmos herdeiros, como tambem para com os credores e legatarios, em razão da existencia d'um quasi contracto. Mas como pelas nossas leis a herança se transmite ao herdeiro de pleno direito com dominio e posse, é inutil a addição para o primeiro effeito, que

²⁵ D. Liv. 26. tit. 7. fr. 42.; Ord. Liv. 3. tit. 25. § 10.; Liv. 4. tit. 63. § 9.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 7.; Alm. Souz. Direito Eomph. Part. 7.^a Cap. 14. n. 1304. Os direitos se dizem *personas* em duas accepções: 1.º) Em contraposição aos reaes; 2.º) Quando a causa proxima d'elles é a qualidade da pessoa, ou quando são inherentes á mesma pessoa. Os da primeira classe são transferiveis, assim como o são as acções que nascem dos contractos, que são direitos *personas*; mas não os da segunda; porque, não podendo ser cedidos á outrem, tambem não se transmittem aos herdeiros; Pedro Barb. ad. leg. 41. D. Solut. matrim. n. 62., et. ad leg. 58. n. 1. in fine; Strik. Diss. de Jur. et Act. non cessibil. Cap. 1. §§ 6, 7.; Olea De Cess. jur. Tit. 3. Quest. 1. n. 3. segg. Alm. Souza Interd. § 52.

²⁶ Coelho da Rocha § 426. Outras definições vejam-se em Netto Ultim. volunt. Liv. 5. tit. 1. n. 10.

²⁷ Valasc. Partit. Cap. 7. u. 26. Faz-se a addição da herança por palavras quando por um termo, ou outro acto authenticico, o herdeiro manifesta a sua vontade, usando de palavras que importão addição da herança, assim como: *Acceito, adhiro, recebo, assumo, apredendo esta herança*, ou quaesquer outras equipolentes, D. Liv. 29. tit. 2. fr. 20.; Liv. 33. tit. 5. fr. 20. Netto Ultim. volunt. Liv. 5. tit. 2.

²⁸ E faz-se a addição por factos, quando o herdeiro pratica certos actos que denotão a intenção de aceitar a herança; ou quando elles são taes que não podião ser praticados sem o direito e o nome do herdeiro *citra jus et nomen haeredis*; D. Liv. 29. tit. 2. fr. 20.; Netto Ultim. volunt. Liv. 5. tit. 3.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 4.

²⁹ Valasc. Partit. Cap. 15. n. 51.; Coelho da Rocha § 427.

é o da transmissão da herança; mas não para o nascimento das obrigações ⁽³⁰⁾.

Pelo que resulta que a addição da herança somente permite-se as pessoas capazes de contractar e de se obrigar validamente e por si sós; e nega-se:

I) A' mulher casada, ou seja por carta de metade ou por contracto segundo o direito commum, sem autoridade do marido ⁽³¹⁾

II) Aos menores, e pessoas administradas, sem assistencia de seus paes, tutores ou curadores, e autorisação do juiz ⁽³²⁾. Esta regra, porém, não se estende: 1.º) ao filho familias, sendo maior de 21 annos, que pode addir a herança defferida independentemente do consentimento do pae, e se este repugna, fica privado do usufructo d'essa herança ⁽³³⁾ 2.º) ao menor pubere, posto que já tenha sido a herança repudiada pelo pae, ficando-lhe sempre salvo o beneficio da restituição contra a acceitação prejudicial ⁽³⁴⁾.

A addição deve ser feita na totalidade da herança, não sendo admissivel pro parte, nem debaixo de condição, em prejuizo dos interessados ⁽³⁵⁾.

Renuncia da herança.

§ 5 A renuncia pode tambem ser feita por palavras, declarando o herdeiro em juizo, ou fóra d'elle, perante testemunhas, que

³⁰ Netto Ultim. volunt. Liv. 5. tit. 4. n. 5.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 6. § 4. n. 5.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 12.

³¹ Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3 tit. 6. § 4. n,

³² D. Liv. 29. tit. 2. fr. 8.; Instit. Liv. 1. tit. 21. § 1.; Valasc. Partit. Cap. 15. n. 21.; Cald, in leg. Si Curat. verb. *hunc. contractum*. n. 2, 8, 14. Cod. de in integr. restit. min.: Netto Ultim. volunt, Liv. 5. tit. 5. n. 1.

³³ Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 6. § 4. n. 6.; Netto cit. tit. 6. n. 19.

³⁴ Cald. ad leg. Si Curat. verb. *Lesís*. n. 50.

³⁵ Valasc. Partit. Cap. 7. n. 24.; Coelho da Rocha § 427 e nota.

repudia a herança; e por factos, praticando algum acto pelo qual se deduz a que não a acceita, como se exigir dos coherdeiros toda a divida, ou se lhes pagar integralmente tudo quanto devia ao defunto; ou se deixar correr todo o tempo d'entro do qual podia addir a herança, ou praticando outros factos semelhantes (³⁶).

Mas por praxe do nosso fôro, não se excluo ao herdeiro da herança, sem que elle assigne termo judicial, declarando que a renuncia ou se abstém d'ella, porque é um acto prejudicial (³⁷).

E ainda por termo lavrado em juizo, não pode fazer renuncia da herança:

- 1.º) O marido sem autoridade da mulher (³⁸);
- 2.º) O filho familias, sem o consentimento do pae (³⁹);
- 3.º) O herdeiro gravado, se o fideicommissario lhe caucionar o prejuizo (⁴⁰);
- 4.º) O pupillo, o furiozo, e todas as pessoas administradas sem preceder autorisação do tutor ou curador e do juiz (⁴¹);
- 5.º) Finalmente aquelle que uma vez addio a herança, salvo sendo menor pelo beneficio da restituição (⁴²).

³⁶ Valasc. Partit. Cap. 15. n. 46. segg.

³⁷ Ord. Liv. 1. tit. 24. §§ 20, 21.; Valasc. Partit. Cap. 15. n. 50.; Netto Ultim. volunt. Liv. 5. tit. 13. n. 6.

³⁸ Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 2. tit. 8. § §. 18. 19. n. 25, 26, 27.

³⁹ Netto Ultim. volunt. Liv. 5. tit. 14. n. 4.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 12. n. 29.

⁴⁰ Netto Ultim. volunt. Liv. 5. tit. 14. n. 7.; Pinh. de Testam. Disp. 4. Sect. 8. § 5. n. 1210.

⁴¹ Netto Ultim. volunt. Liv. 5. tit. 14. n. 2.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 12. n. 30.; Gomes in leg. 55. Taur. n. 66.

⁴² Valasc Partit. Cap. 15. n. 51.; Netto cit. n. 6.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 12. n. 49.; Cod. Liv. 6. tit. 31. fr. 4.; D. Liv. 28. tit. 7. fr. 13, 26.

Do direito de deliberar.

§ 6 Por direito patrio não ha tempo definido ao herdeiro para se decidir sobre a acceitação ou abstenção da herança ⁽⁴³⁾.

Mas se o herdeiro legitimo ou estranho se deixa estar por muito tempo sem addir ou renunciar a herança e sendo essa ommissão prejudicial a outrem, pode o juiz, á requerimento dos interessados, lho impor o preceito de deliberar, com a comminação de se haver por acceita, ou renunciada, conforme fôr mais util ao requerente, se não o fizer d'entro de oito ou dez dias, que lhe devem ser assignados ⁽⁴⁴⁾.

Se o preceito for imposto á requerimento do substituto do herdeiro, a revelia do notificado importa a devolução de toda a herança ao requerente, sem que possa mais ser reclamada; mas tendo sido imposto a requerimento dos credores, o não comparecimento do herdeiro produz o effeito de ficar considerada a herança como jacente, nomeando-se-lhe um curador para correr com elle as acções dos mesmos credores. Esta é o praxe do nosso fôro em parto contraria á opinião dos commentadores do direito Romano ⁽⁴⁵⁾.

Dos effeitos da addição e renuncia da herança.

§ 7 Posto que não seja ncessario algum acto do herdeiro para a devolução da herança, comtudo pode ser impedida pela manifestação da vontade em contrario (§ 4); e por esta razão considera-se suspenso o effeito da transmissão até que o herdeiro presumido manifeste, em forma legal ou estabelecida pelo uso, a sua deliberação. Quando o herdeiro

⁴³ Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 10.

⁴⁴ Mend. Part. 1. Liv. 1. Cap. 4. n. 2.; Netto Ultim. volunt. Liv. 5. tit. 10. n. 6.; Valasc. Partit. Cap. 7. n. 23. Se os credores, ou os substitutos nada requerem, pode o herdeiro addir a herança quando quizer, e pedi-la ao possuidor d'entro de trinta annos (§ 58 n. 4.); Alm. Souz. Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 6. § 10. pag. 377.

⁴⁵ Valasc. Cons. 96. n. 7, 8.; Partit. Cap. 7. n. 33.; Mello Freir. Liv. 3. tit 6. §. 10.

acceita a herança, entende-se devolvida desde a abertura da successão; e se a renuncia, supõem-se que nunca se lhe devolvêra, passando ao substituto á quem compete, com retroatividade ao tempo da abertura; e se fallece o herdeiro antes da addição ou da renuncia passa o direito á seus hedeiros ⁽⁴⁶⁾.

Addindo a herança, fica o herdeiro substituindo á pessoa do defunto (§ 2) ⁽⁴⁷⁾. Pelo que resulta: 1.º) que succede em todos os direitos transmissiveis (§ 3) daquelle de quem é herdeiro ⁽⁴⁸⁾, 2.º) que fica sujeito á todas as obrigações e encargos da herança ⁽⁴⁹⁾, devendo compri-los, em regra, ainda por seus propios bens ⁽⁵⁰⁾; 3.º) que perde as acções que tinha contra o defunto ⁽⁵¹⁾.

Do beneficio do inventario

§ 8 Quando o herdeiro desconhece a herança, e receia que seja o passivo superior ao activo, permite-se-lhe addir pelo beneficio do inventario ⁽⁵²⁾. Desta cautela usao os tutores e os curadores, quando acceitão a herança em nome dos menores e dos interdictos ⁽⁵³⁾.

⁴⁶ D. Liv. 29. tit. 2. frag. 54; Gomes Var. Resol. Cap. 2. n. 12; Bag. Cap. 17. n. 11. Por direito Romano o herdeiro não adqueria o dominio em quanto não fazia a addição da herança; e n'esse intervallo a herança se dizia jacente. N'este sentido, depois do Alv. de 9 de Nov. de 1754, não pode haver herança jacente; comtudo se usa d'este termo para significar o estado da herança em quanto o herdeiro não apparece, ou não se habilita; e durante esse tempo nomea-se um curador que, por parte do herdeiro desconhecido, officia em todos os actos judiciaes em que se trata dos direitos do ausente; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 6. § 1. n. 1, 2.

⁴⁷ Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 7.; Valasc. Cons. 52. n. 1.; Cons. 136. n. 3., Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 9. n. 4, 5.

⁴⁸ Ord. Liv. 4. tit. 63. § 9.; Gomes Var. Resol. Tom. 2. Cap. 4. n. 14.

⁴⁹ D. Liv. 21. tit. 3. fr. 1. § 1.; fr. 3.; Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 9. n. 3.

⁵⁰ Cod. Liv. 6. tit. 30. fr. 10.; Coelho da Rocha § 427.

⁵¹ A razão é que as acções do credor e do devedor, quando reunidas na mesma pessoa, confundem-se; Cod. Liv. 2. tit. 3. fr. 7.; Liv. 6. tit. 50. fr. 14.; Liv. 7. tit. 72. fr. 7.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021; Cardoz. Prax. verb. Hereditas add. ao n. 6.

⁵² Cod. Liv. 6. tit. 30. fr. 22.; Valasc. Cons. 52. n. 2, 35. segg.

⁵³ Coelho da Rocha § 430.

Por virtude deste beneficio a responsabilidade do herdeiro para com os credores e legatarios fica lemitada as forças da herança com os fructos percebidos depois da addição, e isentos os bens proprios d'elle de toda a responsabilidade, posto que a herança seja insolvente ⁽⁵⁴⁾, com tudo conserva o direito: 1.º) de descrever os bens da herança, e fallar como herdeiro em todos os termos do inventario, e de haver o remanescente, se houver, depois de pagas as dividas, e de cumpridos os legados ⁽⁵⁵⁾; 2.º) de concorrer á herança como credor do defunto, se o é, para haver o pagamento da sua divida, conservando salvas e ilesas as acções que tinha contra o defunto ⁽⁵⁶⁾, 3.º) não havendo dinheiro no cazal, de obrigar aos credores da herança á receberem em bens o pagamento das suas dividas pelos preços das avaliações ⁽⁵⁷⁾. Mas deve repôr tudo quanto dever á herança, sendo pessoalmente obrigado por divida propria ⁽⁵⁸⁾. Hoje, porém, não ha necessidade de fazer termo de herdar á beneficio do inventario; porque este beneficio se concede á todos os herdeiros, havendo inventario, ainda que não o tivessem requerido ⁽⁵⁹⁾, alias respondem pelos proprios bens, ainda além das forcas da herança; e esta é a praxe ⁽⁶⁰⁾.

⁵⁴ Cod. Liv. 6. tit. 30. fr. 22. § 10.: Peg. For. Cap. 11. n. 50.; Guerr. Trat. 1. liv. 2. Cap. 9. n. 121.

⁵⁵ Cod. Liv. 6. tit. 30. fr. 22. § 4.: Valasc Cons. 52. n. 3.

⁵⁶ Cod. Liv. 6. tit. 30. fr. 22. § 4.; Peg. For. Cap. 11. pag. 819.; Valasc Cons. 52. n. 43.; Cardoz. Prax. verb. Haereditas add. n. 6.

⁵⁷ Cod. Liv. 6. tit. 30. fr. 22. § 4. Peg. For. Cap. 11. n. 50.; Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 9. n. 92.

⁵⁸ Coelho da Rocha § 432.

⁵⁹ Novella 1. Cap. 2. § 2.; Cabed. Decis. 134. n. 4.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 2, 3.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 2. § 44.

⁶⁰ Cod. Liv. 6. tit. 30. frag. 22. § 4.; Auth. de Haered. Falcid. Cap. 2. § 2.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 5, 31.; Peg. For. Cap. 11. n. 53.; Coelho da Rocha § 432. nota. A obrigação que tem o herdeiro de fazer inventario, sob pena de ficar obrigado pelas dividas da herança e pelo cumprimento dos legados, estende-se ainda a Fazenda Nacional, salvo quando occupa bens de defuntos e ausentes; mas não á outros successores universaes que não o são por direito hereditario; Valasc. Cons. 52. n. 46, (§. 24.) Nem está sujeita á mesma obrigação, de modo que, se não fizer inventario, responda como o herdeiro pelas dividas da herança, a mulher a quem o marido deixou em testamento o usufructo de seus bens, durante sua vida, posto que seja considerada como herdeira; mas, a requerimento do herdeiro, pode ser obrigada á fazer inventario dos bens em que tem o usufructo; Valasc. Cons. 52. n. 48.; Partit. Cap. 8. n. 31.; ou *ex-officio* pelo juiz para o pagamento do imposto devido a Fazenda publica.

CAPITULO SEGUNDO

DA SUCCESSÃO

NOÇÃO

§ 9 Successão. em geral, é o modo porque alguém entra no lugar de outro. Mas restrictamente significa a transmissão dos bens, direitos e encargos do defunto na pessoa do seu herdeiro (⁶¹).

A successão pode ser universal ou singular; no primeiro caso o successor succede em todos os bens do defunto, considerados como uma universalidade, compreendendo os direitos e as obrigações; no segundo não succede senão nos direitos particulares. A successão differe da herança em que esta é o objecto da aquisição do herdeiro, o aquelle é o meio pelo qual este adquire-a, e se faz proprietario d'ella. A successão pode ser legitima ou *ab intestado*, ou testamentaria (§ 1.).

Dos modos porque se succede

§ 10 Os herdeiros *ab intestado* quando são muitos, succedem por diversos modos, segundo o gráo de parentesco, ou a linha em que se achão, em relação ao defunto, isto é,: 1.º) *In capita*, quando divide-se a herança em tantas partes iguaes, quantos são os herdeiros (§ 14.); 2.º) *In Stirpes*, quando formando-se ramos conforme os ascendentes predefuntos, em cujo lugar succedem, destribue-se em cada um dos ramos a parte que tocaria á esse predefunto (§ 20.) e 3.º) finalmente por linhas, o que só tem lugar na successão dos ascendentes, quando concorrem os paternos e os maternos no mesmo gráo (§21.) (⁶²).

⁶¹ Mackeldey Man. de Droit. Romain § 631.; Per. e Souz. Diccion. jurid. verb. Successão.

⁶² Instit. Liv. 3. tit. 1. § 6. Linha é a serie de pessoas nascidas do mesmo progenitor, que chamamos *tronco*; e gráo é a distancia d'uma á outra geração. A linha denomina-se *recta*, quando conta-se direita e seguidamente dos progenitores aos procreados; *transversal* ou *collateral* quando se conta para os lados.

Da representação.

§ 11 Representação é o direito que tem o parente mais remoto de um defunto de ser admittido a successão com outro mais proximo, representando á seu pae ou á sua mãe fallecida.

Este direito concede-se assim aos decedentes, bem como aos collateraes, com a differença que, na linha recta, estende-se aos descendentes até o infinito (⁶³); e na Unha collateral sómente aos filhos de irmãos (⁶⁴).

A representação produz dous effeitos: O primeiro é que os parentes mais proximos em gráo excluem aos mais remotos que descendem do defunto; mas não excluem aos mais remotos que descendem d'outra pessoa fallecida (⁶⁵), e o segundo é que os filhos que

Na linha collateral se as pessoas comparadas (listão do tronco no mesmo numero de grãos, chama-se igual: e se estão em differentes distancias, diz-se desigual. A linha recta chama-se de ascendencia ou dos ascendentes, quando de uma pessoa partimos para os seus progenitores, e dos descendentes, se d'estes partimos para os gerados. Na linha recta concordão o direito Romano e o Canonico, em contar tantos grãos quantas são as gerações; mas na linha transversal discordão muito no modo de contar o parentesco; e as leis patrias mandão seguir-se ora um, ora outro direito.

Na linha transversal, o direito Romano conta todas as gerações ou grãos, subindo por uma das linhas até o tronco, e descendo depois pela outra. O direito Canonico, porém, conta só por um lado; e diz-se que dous collateraes são parentes no mesmo gráo, em que distão do tronco commum.

Se as linhas são desiguaes, attende-se á mais remota, e diz-se que são parentes no gráo em que o mais remoto dista do tronco.

Os collateraes que descendem do mesmo pai e da mesma mãe, chamão-se germanos; e os que descendem d'uma pessoa que contrahio duas uniões differentes, chamão-se consanguineos, ou uterinos, segundo provem só do pae ou só da mãe.

Se diz affinidade a relação que liga um dos conjuges aos parentes do outro. Rigosamente faltando, na affinidade, não se pode contar grãos: mas por analogia observa-se a regra de que uma pessoa é afim dos parentes do seu conjuge no mesmo gráo em que este o é peia consanguinidade. Tambem, para alguns effeitos, resulta affinidade do ajuntamento illicito: Coelho da Rocha § § 62, 63, 64, 65.

⁶³ Inst. Liv. 3. tit. 1. §§ 6, 16.: Cod. Liv. 6. tit. 55. in Auth. *In successionem*; Pinh. De Emphyt. Part. 2. Disp. 5. Sect 4. n. 78.

⁶⁴ Novella 118. Cap. 3.; Pinh. de Emphyt. Part. 2. Disp. 5. Sect. 4. n. 77, 78.; Cald. For. Liv. 1. Quest, 19. n. 25. Na linha dos ascendentes não tem lugar a representação, (§ 21.)

⁶⁵ Cujas, ao § 1, 2. Instit. Liv. 3. tit. 1.; Dig. Liv. 28. tit. 2. frag. 29. § 14.; tit. 3. frag. 18.

vem pelo direito de representação, não succedem *in capita*, senão *in stirpes* (§ 20.) (⁶⁶).

E como a representação parte da lei e não da qualidade de herdeiro, podem os filhos renunciar a herança de seu pai ou de sua mãe, e succeder depois ao avô, sem por isso ficarem obrigados ás dividas daquelles (⁶⁷).

SECÇÃO PRIMEIRA

DA SUCCESSÃO LEGITIMA

NOÇÃO E ESPECIES.

§ 12 A successão se diz legitima ou *ab intestado*, quando o direito hereditario provem immediatamente da lei e deffere-se na ordem seguinte:

- 1.º) Aos descendentes (⁶⁸)
- 2.º) Na falta de descendentes, aos ascendentes (⁶⁹);
- 3.º) Na falta de uns e outros, aos collateraes até o decimo gráo, contado segundo o direito civil (⁷⁰);
- 4.º) Na falta de todos, ao conjuge sobrevivente (⁷¹);
- 5.º) Ao Estado em ultimo lugar (⁷²);

⁶⁶ Cod. Liv. 6. tit. 55. Auth. *In successionem*; Pinh. Emphyt. Part 2. Disp. 5. Sect. 4. n. 78.

⁶⁷ Guerr. Trat. 2. Liv. 4. Cap 6 n. 21. segg.; Coelho da Rocha § 336.

⁶⁸ Ord. Liv. 4. tit. 96. pr.

⁶⁹ Ord. cit.

⁷⁰ Ord, cit: tit. 94.; Assento de 16 de Fevereiro de 1786.

⁷¹ Ord. Liv. 4. tit. 94.

⁷² Ord. Liv. 1. tit. 90. § 1.; Liv. 4. tit. 94: Reg. 9 de Maio 1842 art 3. § 2.

SUCCESSÃO DOS DESCENDENTES

A) Dos filhos legítimos

1) Do primeiro matrimonio entre si.

§ 13 Na ordem dos descendentes, em primeiro lugar succedem ao pae e á mãe os filhos nascidos de justas nupcias, sem distincção de sexo, idade, ou de serem ou não emancipados porque as nossas leis não fazem distincção alguma ⁽⁷³⁾. Considerão-se como legítimos para o effeito da successão: 1.º) os nascidos de matrimonio putativo, ignorando-se o parentesco, ainda que sejam incestuosos; e basta que um dos cnjuges o ignore para que sejam successiveis á ambos ⁽⁷⁴⁾, 2.º) os legitimados *per subsequens matrimonium*, por serem em tudo equiparados aos legítimos ⁽⁷⁵⁾.

2) Do primeiro com os do segundo matrimonio.

§ 14 Fallecendo o pae ou a mãe commum, deixando filhos do primeiro e do segundo matrimonio, uns e outros succedem igualmente nos bens em que o pae ou a mãe tinha a propriedade, dividindo-se a herança em tantas porções iguaes, quantos são os herdeiros, porque, quanto á estes bens, todos são iguaes em direitos hereditarios ⁽⁷⁶⁾. Mas quanto aos bens em que o pae ou a mãe commum succedeo *ab intestado* como herdeira de algum filho ou filha do primeiro matrimonio, e que este ou esta houve do patrimonio ou herança de seu pae ou avós, succedem sómente os do primeiro matrimonio, excluindo os do segundo ⁽⁷⁷⁾. E a

⁷³ Ord. Liv. 4. tit. 96. pr.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. § § 4, 5.

⁷⁴ Borg. Carn. Liv. 1. tit. 22. § 195. n. 8.

⁷⁵ Ord. Liv. 2. tit. 35. § 12.

⁷⁶ Arg. da Ord Liv. 4. tit. 105.; tit. 91. § 2. segg.; Mello Freir. Liv. 2. tit. 8. § 11.; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 17. § 156. n. 1. Esta regra se estende ainda ao caso em que o pae ou a mãe tenha contraindo um terceiro ou um quarto matrimonio; porque sempre se dizem segundas nupcias todas as contrahidas depois das primeiras; Cordeir. Dubit. 16. n. 53.

⁷⁷ Ord. Liv. 4. tit. 91. §§ 2, 4. Borg. Carn. Liv. 1. tit. 17. § 157. n. 1.

razão é que, quanto á esses bens, o pae ou a mãe commm, não tem senão o usufructo (⁷⁸), o qual, acabando por sua morte, passa aos filhos do primeiro matrimonio a propriedade delles, e por isso os filhos do segundo são excluidos da partilha de taes bens (⁷⁹).

Por igual razão só os filhos do segundo matrimonio succedem nos bens que o pae ou a mãe commun herdou *ab intestado* de outro filho ou filha do mesmo matrimonio, e que este ou esta houve por herança de seus pais ou avós. E se depois da morte do pae ou da mãe concorrerem á herança filhos do primeiro matrimonio com netos nascidos de outro filho premorto, ainda succedem uns e outros na herança do filho á quem o pae ou a mãe succedeo, com exclusão dos do segundo matrimonio, mas se existirem sómente netos nascidos dos filhos do primeiro matrimonio, então cessa a disposição da lei e succedem com estes os filhos do segundo matrimonio (⁸⁰).

Estas lemitações do direito de successão procedem somente a respeito da herança do pae ou da mãe e não dos avós que segunda vez casão; e ainda quanto aquelles deixão de ter applicação:

⁷⁸ Ord. cit. Valasc Cons. 16.; Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 13. n. 16.; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 19. n. 16.

⁷⁹ Cod. Liv. 5. tit. 9. fr. 31; Ord. Liv. 4. tit. 91. §§ 2, 4., Valasc Cons. 16.; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 19. n. 16, 17.; Reynos. Observ. 43. n. 1. segg. Esta Ordenação foi estabelecida, não em odio das segundas nupcias, mas em favor dos filhos do primeiro matrimonio; Cordeir. Dubit. 15. n. 12.; Dubit. 16. n. 28.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 14. n. 90, 91.; Valasc. Cons. 16. n. 3. Se a reserva e a pena da lei deixa de ter effeito quando o pae ou a mãe passa á segundas nupcias á aprazimento dos filhos do primeiro matrimonio, affirmão Beynos. Observ. 43. n. 20. segg.; Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 13. n. 18.; Trat. 2. Liv. 2. Cap. 14. n. 60. segg. n. 68.; Egyd in leg. Titiae Part. 3. n. 65. D. de condit. et demonstrat. Mas não basta um consentimento tacito, é necessario que seja expresso; Sanch. de Matrim. Liv. 7. Disp. 89. n. 44.; Cancer. Var. Resol. Cap. 5. n. 29. E afirma Cordeiro Dubit. 16. n. 52. que nunca vira na praxe observadas essas renunciás tacitas de que falia Reynoso Observ. 43. n. 29. segg. Com tudo nos parece mais segara a opinião d'aquelles que sustentão que é applicavel a pena da lei, ainda quando os filhos consentem expressamente nas segundas nupcias dos pais, attendendo-se a disposição expressa da citada Ord. § 2. que geralmente e sem distincção diz: *nem haverá o segundo marido parte da propriedade d'elles... nem os filhos do segundo matrimonio em ditos bens podem succeder, nem haver n'elles parte alguma*; Cordeir. cit.

A mesma disposição d'esta ordenação deve guardar-se acerca da mulher solteira que tem filhos naturaes successiveis e casa com homem que não é o pae d'esses filhos; Cordeir. de Natur. Success. Dubit. 15. n. 5. segg.

⁸⁰ Ord. Liv. 4. tit. 91. §§ 2, 4.; Portug. de Donat Liv. 3. Cap. 19. n. 18. in fine.

1.º) Quando os bens, em que o pae ou a mai succedeeo, provierão ao filho por titulo diverso da herança de seus ascendentes (⁸¹).

2.º) Quando o filho do primeiro matrimonio fez testamento e instituiu herdeiro á seu pai ou a sua mãe (⁸²);

3.º) E quando deixou em testamento a terça de seus bens á algum de seus irmãos e depois, por morte do legatario, seu pae ou sua mãe succedeeo no legado *ab intestado*; porque, sendo os bens da terça provenientes da herança do irmão e não dos avós, passa ao binubo da propriedade d'elles (⁸³).

B) Dos filhos illegitimos

1) Naturaes reconhecidos pelo pae por escriptura publica ou testamento

§ 15 Os filhos naturaes em especie, quer o pae seja nobre ou plebeu, sendo reconhecidos na forma das leis (⁸⁴), ficão considerados membros da familia paterna e com direito á legitima (⁸⁵) A' este direito corresponde o dever de prestarem respeito e reverencia ao pae; e por effeito d'este dever não podem contrahir matrimonio, enquanto menores,

⁸¹ Reynos. Observ. 43. n. 13.; Portug. de Donat Liv. 3. Cap. 19. n. 20.

⁸² Ord. Liv. 4. tit. 91. 2,4; Egyd. in Leg. Titias Part. 3. n. 62. D. de condit. et demonstrat.

⁸³ Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 19. n. 21. Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 13. n. 50.

⁸⁴ Filho natural em especie se diz aquelle cujo pae e mãe não tinham entre si parentesco ou outro impedimento derimente para casar; Ord. Liv. 4. tit. 92. pr.: Cabed. Part. 1. Decis. 101. n. 1.; Borg Carn. Liv. 1. tit. 20. § 179. n. 1, 2.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 3, n. 5.; Pinh. de Testam. Disp. 5. Sect. 1. § 2. n. 32, posto que a mãe seja nobre ou plebeia, ou não seja manceba do pae, ou este tenha muitas concubinas; Ord. Liv. 4. tit. 92. pr. Valasc. Cons. 134. n. 6.; Cald. in Leg. Si Curat. verb. Sim Curatore de Restit. in integr. n. 94.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. g 12. e nota; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 20. § 17. n. 2. nota.

E não é de rigor que os paes fossem desimpedidos ao tempo do coito, basta que no tempo do nascimento, ou no intermedio houvesse cessado o impedimento para que os filhos sejam considerados naturaes e successiveis; Cod. Liv. 5. tit. 27. fr. 11. in fine; Auth. *quibus mod. not. § siquis*; Phaeb. Decis. 68. n. 12.; Molina de Just. Disp. 172.

⁸⁵ Ord. Liv. 4. tit. 92. pr.; Decr. 2 de Setemb. 1847 art. 1,3.

sem a licença d'elle (⁸⁶), nem cita-lo sem que primeiro impetrem permissão do juiz da causa (⁸⁷), nem denuncia-lo (⁸⁸); e quando fação alguma offensa ao pae, incorrem na pena de desherdação nos mesmos casos em que os legitimos (⁸⁹).

Mas como não são nascidos de justas nupcias, nem legitimados por subsequente matrimonio, não ficão em tudo equiparados aos legitimos (⁹⁰). Pelo, que segue-se:

1.º) Que não incidem sob o poder paterno (⁹¹);

2.º) Que não concorrem com os legitimos na successão dos bens paternos, sem que provem a filiação por testamento ou escriptura publica, feita anteriormente ao casamento do qual nascerão esses filhos (⁹²);

⁸⁶ Ass. 9 de Abril de 1772. § 3.

⁸⁷ Ord. Liv. 3. tit. 9. §§ 1, 2.; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 20. § 181. n. 3.

⁸⁸ Cod. do Proc. Crim. art. 75.

⁸⁹ Ord. Liv. 4. tit. 88.

⁹⁰ Valasc Cons. 151. n. 11.; Ord. Liv. 3. tit. 35. § 12. Esta é a opinião que tem prevalecido no fôro contra Cald. in Leg. Si Curat. verb. *sine curatore* n. 94; o qual deduz da Ord. Liv. 4. tit. 92. pr. que os filhos naturaes dos plebeos são em tudo equiparados aos nascidos de legitimo matrimonio.

⁹¹ Molina de Just.; Disp. 173. n. 30. Disp. 227. n. 8.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 5. n. 65.; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 21. § 184. n. 9.; tit. 22. § 195. n. 4.

⁹² Ord. Liv. 4. tit. 92. pr.; Decr. de 2 de Setem. de 1847. art. 2. Este é o unico caso em que a lei designa uma época, na qual o pae deve fazer a escriptura do reconhecimento do filho natural para succeder em seus bens *ab intestado*. Portanto não sendo para o effeito de concorrer o filho natural com filhos legitimos de um casamento já contrahido (Art. 2. da cit. Lei), pode o pae fazer o reconhecimento em qualquer tempo, ainda que seja casado ou viuvo com filhos legitimos. Mas o filho reconhecido em qualquer destes casos, não pode succeder ao pae *ab intestado*, salvo se ao tempo do seu fallecimento não houverem descendentes legitimos, nascidos do matrimonio contraindo antes d'esse reconhecimento, ou se houverem sómente filhos legítimos d'um segundo casamento contrahido posteriormente.

Mas se o filho natural foi reconhecido depois do primeiro, e antes do segundo matrimonio, e por fallecimento do pae ficarão filhos legitimos de um e de outro consorcio, é muito duvidoso, se o filho natural, assim reconhecido, tem direito de concorrer á herança paterna com os filhos do segundo casamento. A opinião que me parece mais segura é que, no caso de que se trata, concorrendo á herança paterna filhos do primeiro e do segundo matrimonio, os naturaes não podem ser admittidos á successão em parte alguma; porque, como descendentes, deveria o succeder in capita, Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. § 5., diminuindo a legitima dos filhos do primeiro matrimonio, o que é inadmissivel por virtude do art. 2. da lei de 2. de Setemb. de 1847. Nem se pode admittir a opinião d'aquelles que pertendem que concorrem sómente com os filhos do segundo matrimonio; porque sendo os filhos do primeiro matrimonio, socios na herança com os do segundo matrimonio, a communhão dos naturaes com estes envolve a

3.º) Que não tem acção para annular ou rescindir o testamento em que forão preteridos ou desherdados, sendo-lhes sómente permittido pedir a reparação da legitima (⁹³). Comtudo podem revogar a doação inofficiosa feita pelo pae (⁹⁴).

O reconhecimento da filiação produz por si mesmo todos os effeitos leaes independentemente daa confirmação judicial (⁹⁵).

2) Dos naturaes não reconhecidos por seus progenitores, nem por testamento nem por escriptura publica.

§ 16 Os filhos illegitimos, posto que simplesmente naturaes, não tendo sido reconhecidos pelo pae, nem por escriptura publica, nem por testamento, em caso algum podem succeder *ab intestado* na herança paterna, quer concorrão sós, quer concorao com filhos legitimos, sem que seja admissivel para este effeito qualquer outra prova da filiação (⁹⁶). Mas ainda que não tenham sido assim reconhecidos pela mãe, os filhos naturaes succedem-na *ab intestado*, quer ella seja nobre ou plebea, posto que concorrão com filhos legitimos (⁹⁷), mostrando a maternidade por

communhao com aquelles, ficando igualmente socios e possuidores em commum com os filhos do primeiro matrimonio; porque, como herdeiros, terão uma parte na minima parte dos bens hereditarios. Mas a communhão necessaria destes filhos naturaes com os do primeiro matrimonio não encontra apoio na lei, que os repelle de concorrer com elles na mesma herança paterna.

⁹³ Valasc. Cons. 94. n. 1. á 14.; outro Valasc. Alleg. 6. n, 26.; Corrêa Telles Doutr. das Acç. § 130. nota 4.

⁹⁴ Valasc. Cons. 94. n. 15.

⁹⁵ Lei de 22 de Setemb. de 1828; Decis. de 18 de Outub. de 1852; Avis. de 8 de Janr. de 1856. Comtudo esta prova da paternidade pode ser contestada por acção ordinaria, por quem tiver interesse na successão; porque assim como pode ser combatida a presumpção legal de ser filho legitimo aquelle que é nascido na constancia do matrimonio, mostrando evidentemente a impossibilidade de ter sido gerado por ambos os conjuges; tambem pode ser contestada a filiação d'aquelle que foi reconhecido por filho em testamento ou escriptura publica, provando-se que não é filho natural, mas espurio, ou que não é filho da pessoa que o reconhece. Mas, emquanto a parte não obtem sentença declaratoria da nullidade do testamento, ou da escriptura, produzem estes actos effeitos juridicos.

⁹⁶ Lei de 2 de Setemb. de 1847. art. 3.

⁹⁷ A opinião comum é que a prohibição de herdar, quanto aos filhos naturaes dos nobres, refere-se sómente á herança paterna, Ord. Liv. 4. tit. 92.; e que o filho natural succede á

quaesquer provas reconhecidas em direito, assim como certidão de baptismo ⁽⁹⁸⁾, quasi posse do estado ⁽⁹⁹⁾, perfilhação, ou sentença de filiação ⁽¹⁰⁰⁾. Para outros effeitos, porém, assim como para alimentação, nobreza, armas e insignias da casa paterna, os filhos illegitimos de qualquer especie são admittidos á provar a filiação por parte do pae, usando de toda a prova reconhecida em direito ⁽¹⁰¹⁾.

mã, quer só, quer concorra com filhos legitimos, salvo sendo ella nobre ou illustre, deixando filhos legitimos; Carv. Cap. Raynald. de Testam. Part. 1. n. 500; Cald. ad Instit. de inoff. testam, §. *Tam autem* n. 57. 62; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 18. n. 84. Com esta opinião conformou-se Mello Liv. 3. tit. 8. § 13., fundando-se no frag. 5. Cod. ad S. C. Orph. e nos escriptores que cita.

Mas reflectindo-se que este fragmento não falla em filhos naturaes com relação á mã illustre de que ha filhos legitimos, senão á que os deixa espurios; que as leis patrias nem uma distincção fazem sobre a successão materna dos filhos naturaes das mulheres nobres ou plebeas; e finalmente que o Decreto de 2 de Setemb. de 1847 igualou os direitos hereditarios dos filhos naturaes dos nobres aos dos plebeos; parece mais provavel a opinião d'aquelles que sustentão que os filhos naturaes concorrem com os legitimos para succederem a mã illustre; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 3. n. 113.; Themud Decis. 70. n. 12.; Pegas. For. Cap. 8. n. 13.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 8. § 13.

Este direito procede tambem á respeito de todos os ascendentes maternos; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 22. § 197. n. 3.

⁹⁸ Prov. N.º 29 de 23 de Fevr. de 1848. Os filhos nascidos de pessoas pertencentes á Religião differente, provão a maternidade pelas certidões extrahidas dos respectivos livros de nascimentos; Decr. de 17 de Abr. De 1863. art. 31, 45. § 5.

⁹⁹ Avis. N.º 279 de 17 de Abril de 1853.; Valasc. Cons. 176. n. 20. segg.

¹⁰⁰ Perfilhação, que tambem se diz legitimação, é o acto pelo qual um pae ou uma mã voluntariamente reconhece seus filhos illegitimos. Os direitos que competem ao filho pela perfilhação ou legitimação veção-se no § 19.

Na falta de perfilhação ou de reconhecimento em forma legal, compete aos filhos illegitimos a acção de filiação contra os paes ou seus herdeiros para que os reconheção por filhos. No correr da acção podem os autores provar a filiação por todos os meios de dereito, como se mostra na nota seguinte. Como estes direitos são reciprocos, a mesma acção compete ao pae contra o filho para que o reconheça por tal; Coelho da Rocha § 300. Sendo a filiação contestada, faz-se indispensavel ao filho esta acção para pedir a herança ou alimentos; Peg. For. Cap. 147. n. 1. Mas cumpre absverar que a acção de filiação rara vez se intenta só; de ordinario accumula-se á de alimentos, dote ou de petição de herança; Corr. Telles Doutr. das Acç. §. 36. nota. (3).

¹⁰¹ A prova da filiação, a respeito da mã, pode ser verdadeira e plena, porque a mã é sempre certa; e quando refere-se ao acto do nascimento do filho, se diz necessaria; D. Liv. 2. tit. 4. frag. 5.; Valasc. Cons. 176. n. 16.: Phaeb. Decis. 76. n. 7.; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 20. § 180. n. 11.

Quanto, porém, ao pae por ser a procreação um acto secreto da natureza, é deficilima, se não impossivel; e por isso tem as leis e a praxe de julgar admittido como prova da filiacção paterna as presumpções e conjecturas; D. Liv. 1. tit. 6. frag. 6.; Valasc. Cons. 134. n. 2.; Cons. 176. n. 2.; Peg. For. Cap. 147. n. 4. 8.; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 20. § 180. n. 1. Mascard. de Probation. Concl. 788. n. 3. segg. São presumpções favoraveis A) á filiação legitima, o facto do nascimento do pretendido filho na constancia do matrimonio, posto que a mã seja adultera, vivendo em companhia do marido; Cod. Liv. 5. tit. 4. fr. 9.: D. Liv. 1. tit. 6. fr. 6.º. Valasc. Cons. 176. n. 3.; Gama Decis. 152:

3) Dos espurios.

§ 17 O filho espurio, nascido de coito damnado e punivel por direito Romano ou Patrio, não succede, nem ao pae, nem á mãe (¹⁰²).

Esta doutrina so deduz da citada Ordenação do livro quarto, titulo noventa e tres; porque dispondo que os paes não possam succeder aos filhos sacrilegos ou de algum outro damnado o punivel coito, mas sim

Cald. de Inoff. Testam. § *Tam autem* n. 62.; B) e á filiação illegitima 1º.) o reconhecimento por escriptura publica, ou por testamento; Decr. de 2 de Setemb. de 1847; 2º.) o facto de nascer o filho de concubina teuda e mantenda, que habita na mesma casa com o concubinario; Phoebe. Decis. 76. n. 13.; Mascard. de Probat. Concl. 789 n. 25.; 3º.) ou que habita em casa separada contanto que se não prove que tivera accesso com outro homem; Valasc. Cons. 176. n. 16.; Gama Decis. 152 n. 2.; Phoebe cit.

São conjecturas da filiação; 1º) o coito frequente do pretendido pae com a mãe no tempo habil para a procreação; Peg. For. Cap. 147. n. 14; 2º.) a nomeação reiterada de alguma pessoa pela palavra *filho*; Valasc. Cons. 176. n. 18.; Phoebe. Decis. 30. n. 9.; 3º.) a prestação dos alimentos, da educação e as doações para o patrimonio ou dote, Valasc. Cons. 134. n. 4.; Phoebe. Decis. 176. n. 6.; 4º.) a fama publica; Phoebe. Decis. 30, n. 9.; Peg. For. Cap. 147. n. 10. 11.

Cada uma d'estas conjecturas por si sós não bastão; mas todas ou muitas reunidas fazem sufficiente prova; Valasc. Cons. 176. n. 7. segg. As presumpções e as conjecturas, ou provão a propriedade ou a quasi posse da filiação; Valasc. Cons. 176. n. 18. Provão a propriedade da filiação, mostrando que alguém é filho de certa e determinada pessoa, assim como a presumpção resultante do nascimento do filho na constancia do matrimonio e do reconhecimento por escriptura publica ou por testamento; e provão a quasi posse da filiação, quando convencem que o filho fóra sempre como tal havido e reputado. Contudo algumas vezes os mesmos factos que provão a quasi posse da filiação, provão tambem o direito de propriedade, como são a nomeação por filho, a educação, a alimentação, a fama entre os vesinhos; Valasc. Cons. 176. n. 18.; Phoebe. Decis. 76. n. 6.; Mascard. de Probat. Concl. 789.; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 20. § 180. n. 8.

A prova da quasi posse da filiação produz o effeito de ser o filho mantido n'ella, transferindo ao adversario o onus da prova em contrario; e isto tem lugar, quer se trate do possessorio ou do petitorio; porque em qualquer dos casos, pela quasi posse da filiação, o filho entra em juizo com a sua intenção fundada; Valasc. Cons. 176. n. 20, 21. 22.

Estes effeitos aproveitão aos filhos de qualquer especie para a conservação dos direitos que se fundem na filiação, menos aos illegitimos não reconhecidos na forma da lei quando se trata da successão dos bens paternos.

¹⁰² Novella 89. Cap. ult. Auth. Ex complem Cod. de incestis et inutilibus nupt.; Ord. Liv. 4. tit. 93.; Peg. For. Cap. 128. n. 5.; Carv. de Testam. Part. 1. n. 506; Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. § 13. Se dizem espurios os filhos nascidos de paes que tinham entre si impedimento derimente para casar (nota 84 ao § 15); e taes são os adulterinos, sacrilegos e incestuosos; Ord. Liv. 2. tit. 55. § 4.; Liv. 4. tit. 93.; Regim. do Dezemb. do Paço § 18.; Lei de 7 de Janr. de 1750 pr.; Coelho da Rocha. § 60.

O coito, posto que punivel pelas leis patrias, como aquelle que teve o homem por força ou violencia, ou com mulher virgem, menor de 17 annos (Cod. Crim. art. 219, 226), não se diz todavia damnado e punivel, se ao tempo d'elle não havia impedimento para casamento; e por isso os filhos nascidos d'estes ajuntamentos não são havidos por espurios para a successão e outros effeitos civis, nem d'elle se entende a Ord. Liv. 4. tit. 93.; Valasc. Cons. 147. n. 8. 9.; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 20 § 170 n. 7.; Alm. Souz. Not. a Mello Liv. 3. tit. 8. § 11. n. 3.

os irmãos, filhos do mesmo pae, ainda que provindos de igual coito, dispõem implicitamente que os mesmos filhos não succedão, nem ao pae, nem á mãe, visto que o direito de succeder e a falta d'elle são reciprocos (§§. 21, 28.) (¹⁰³).

Sustentão alguns que o filho de mulher solteira com homem casado, posto que não succeda ao pae, succede contudo á mãe, porque o coito nesta especie, em quanto á ella, não é punivel; e succedendo á mãe, por maior razão devo succeder á seus parentes maternos, se ella é predefunta, e fundão-se na opinião de Pegas Quest. For. Cap. 128. n. 12., e de Valasco Consulta 29 n. 2. Mas o citado Valasco na mesma Consulta n. 13. declara que, considerando melhor a materia, mudara de opinião, não admittindo excepção alguma contra a generalidade da regra, não obstante o aresto que cita.

C) Dos filhos legitimados

1) por subsequente matrimonio.

§ 18 Os filhos naturaes em especie (§ 15.) legitimão-se pelo subsequente matrimonio de seu pae com sua mãe (¹⁰⁴), e assim

¹⁰³ Valasc. Cons. 29. n. 3.; Carv. de Testam. Part. 1 n. 506.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 8. § 13. n. 2.; Coelho da Rocha. § 340.

¹⁰⁴ Cap. Tanta. Qui filii sint legitimi; Auth. Quibus mod. not. effic sui Cap. 2.; Barb. in Rubr. D. Solut. matrim. Part. 2. n. 109 Pinh. de Testam. Disp. 5 Sect. 3. § 10. n. 333.

A legitimação per *subsequens matrimonium* opera-se por virtude da lei, independentemente do concurso do pae e do filho, e ainda contra a vontade d'este; Mello Freir. Liv. 2. tit. 5. g 16. nota; Pinh. de Testam. Disp. 5. Sect. 3 § 10. n. 336., com tanto que os contrahentes não tivessem impedimento para casar ao tempo da concepção, ou do nascimento; Novella 89. Cap. 9. § 1.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 4. n. 17. Estes impedimentos são o vinculo matrimonial, e o parentesco em gráo prohibido. Portanto, não se legitimão por subsequente matrimonio os filhos espurios, a saber, os adulterinos e os incestuosos; Ord. Liv. 2. tit. 35. § 12. ibi: *contanto que*; Cap. Tanta, qui filii sint legitimi; Peg. For. Cap. 251. n. 13. Considerão-se incestuosos para este fim os nascidos de pae e mãe ligados por parentesco, que, segundo direito Civil, importa prohibição para o casamento; Digesto Portuguez Part. 2. art. 465. E pois podem ser legitimados pelo matrimonio seguinte todos os filhos que não são adulterinos, nem incestuosos, posto que entre o pae e a mãe tivessem existido impedimentos do Direito Canonico nos grãos de

legitimados considerão-se como se fossem gerados e nascidos depois do casamento, entrando em todas as relações de direito que tem por base a qualidade de filho legítimo (¹⁰⁵); porque a virtude do sacramento purifica a illegitimidade, extingue todos os vícios preteritos o induz uma retrotração ao tempo do nascimento do filho (¹⁰⁶). Também pelo mesmo casamento legitimão-se, a respeito dos contrahentes, todos os descendentes naturais d'elles, havidos entre ambos. Mas se o filho natural já é falecido ao tempo do casamento dos pais, esse filho não se legitima; contudo, se deixou filhos legítimos, estes ficão legitimados á respeito do avô (¹⁰⁷). Pelo que segue-se: 1.º) Que o filho legitimado per *subsequens mutrimonium* succede *ab intestato* aos pais e mais ascendentes, e estes á elle, ou seja só ou concorra com legítimos (¹⁰⁸), e ainda contra o testamento do pae legitimante (¹⁰⁹); 2.º) Que pode usar da querela da doação inofficiosa (¹¹⁰); 3.º) Que, na successão dos bens que devem passar ao filho mais velho, prefere á todos os outros filhos posteriormente nascidos do mesmo, ou de outro posterior casamento,

parentesco em que não é prohibido o casamento; Guerr. Trat. 2 Liv. 1. Cap. 4. n. 86.; Dig. Portug. Part. 2. art. 415.

Alguns escriptores, depois de Boehemer., sustentão que indistinctamente se legitimão todos os filhos, de qualquer especie que sejam, pelo casamento subsequente; Mello Freir. Liv. 2. tit. 5. § 16. *nota*; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 23. § 203. n. 3. *nota* (1); mas esta opinião, posto que seja a mais racional, não tem prevalecido no fôro.

¹⁰⁵ Ord. Liv. 2. tit. 35. § 12. Mas como o filho assim legitimado teve o seu nascimento fóra do matrimonio, não tem á seu favor a mesma presumpção legal da filiação que favorece aos filhos legítimos; contudo conserva-se na quasi posse do estado, em quanto o contrario não fôr provado e declarado em juizo por via de acção competente.

¹⁰⁶ Cap. Tanta, qui filii sint. legitimi; Barb. ad. Ord. Liv. 2. tit. 35. § 12. n. 1, 2; Carv. Cap. Baynald. de Testament. Part. 1. n. 515; Pedro Barb. in Rubr. D. Solut. matrim. Part. 2. n. 109.; Pinh. de Testament. Disp. 5. Sect. 3. § 10. n. 333. Esta legitimação produz todos os seus efeitos, ainda quando o pae, abandonando á mãe do filho natural, casa com outra mulher, e por morte d'esta passa á segundas nupcias com aquella; porque o matrimonio intermedio não priva aos filhos naturais de serem legitimados pelo matrimonio subsequente; Cald. de Nomin. Quest. 15, n. 54.; Pinh. de Testament. Disp. 5. Sect. 3. § 10. n. 339.; Roxas de Inconipat. Part. 1. Cap. 4.; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 23. n. 10.

¹⁰⁷ Molina de Just. Disp. 172. vers. Dubium est; outro Molina de Primogen. Liv. 3. Cap. 1. n. 9.; Pinh. de Testament. Disp. 5. Sert. 3. § 10. n. 342; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 4. n. 37.

¹⁰⁸ Auth. quibus modis naturalis efficiantur legitimi Cap. 2. vers. Si quis igitur; Pinh. de Testament. Disp. 5 Sect. 3. § 10. n. 333, 339.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 4 n. 2.

¹⁰⁹ Barb. in. Cap. Tanta n. 29.; Guerr. Trat. 2 Liv. 1. Cap. 4. n. 34.

¹¹⁰ Barb. cit.; Guerr., cit.

ainda que taes bens tenham sido deixados com a clausula de que só succedão nelles filhos legitimos ou nascidos de legitimo matrimonio (¹¹¹).

Todos estes effeitos resultao, quer tenha sido o casamento celebrado *in articulo mortis* (¹¹²), quer seja putativo, ignorando o pae, ou a mãe o impedimento para casar (¹¹³). E sendo os filhos espurios, ainda ignorando os paes o impedimento, não se legitimão pelo casamento subsequente, posto que venha a cessar o impedimento (¹¹⁴).

2) Por carta judicial.

§ 19 Os filhos illegitimos, assim naturaes, como espurios (¹¹⁵), podem ser legitimados por carta expedida pelos juizes de primeira

¹¹¹ Molina de Just. Disp. 172. vers. Sini. filii; outro Molina de Primog. Liv. 3. Cap. 1. n. 10.; Pinh. de Testament. Disp. 5. Sect. 3. § 10. n. 340. Tem sido, porém, muito disputado entre os juriconsultos se na successão do primogenito, deve ser preferido o filho mais velho em idade, mas legitimado posteriormente ao nascimento do filho legitimo pelo matrimonio subsequente, ou o filho mais moço em idade, porém nascido antes que o irmão fôra legitimado per subsequens como acontece, quando um homem gerou um filho em sua concubina, e depois casou com outra mulher, de quem teve filhos legitimos; mas por morte desta voltou as suas antigas relações e casa com a mãe do filho natural.

Os argumentos por uma e outra parte vejam-se em Roxas de Incompatib. Part. 1. Cap. 4. n. 5. segg. A opinião commun é que o filho legitimo deve ser preferido ao legitimado per *subsequens matrimonium*; e a razão d'esta opinião é que, tendo o filho legitimo já adquirido o direito á successão de taes bens, não é justo que fique privado d'esse direito pela legitimação posterior do filho natural; Molina de Primog. Liv. 3. Cap. 1. n. 10.; outro Molina de Just. Disp. 172. vers. Sint. filii; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 4. n. 22.; Pinh. de Testament. Disp. 5. Sect. 3. § 10. n. 341; Peg. ad. Ord. Liv. 2. tit. 35. § 12. Cap. 34. n. 35; Gama Decis. 11. n. 1; e Decis. 134, 273, 383. Contudo não me parece juridica a opinião commun; porque, á não ter o filho legitimado um direito de succeder igual ao dos legitimos em todos os seus effeitos, seria legitimado em parte para succeder em certos bens, e não seria legitimado em parte para succeder nos bens em que seja chamado o primogenito, ou filho mais velho, sem exclusão do legitimado; e então poder-se-hia dizer com Roxas de Incompat. Part. 1. Cap. 4. n. 37. 38. *quod est monstrum, et de jure incompatibili in omni materia; sequitur enim quod quisquam possit esse uno eodem que tempore in duplici statu; contra textu in Lege si pariter* D. de liber. caus.

¹¹² Pinh. De Testament. Disp. 5. Sect. 3. § 10. n. 338; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 4. n. 9.

¹¹³ Cap. 2; Cap. *ex tenore qui filii sint legitimi*.

¹¹⁴ Pinh. cit. n. 343.

¹¹⁵ Ord. Liv. 2. tit. 35. § 12; Regim. do Destemo, do Paço § 118; Valasc. Cons. 80. n. 1. segg.

instancia (¹¹⁶); este acto podo ser requerido pelo pae legitimante, ou pelo proprio filho depois da morte d'elle (¹¹⁷).

O consentimento paterno é condição essencial para esta especie de legitimação (¹¹⁸); e pode ser provado por escriptura publica, por testamento, e pela mesma petição do pae legitimante (¹¹⁹); mas n'este caso, antes de qualquer procedimento, o juiz manda tomar por termo o reconhecimento da filiação, e a declaração da vontade de legitimar ao filho.

Estas cartas não aproveitão ao filho para todos os effeitos da legitimação do direito commum, não produzindo plena restituição aos direitos da casa paterna, nem a sugeição ao patrio poder. Ainda no direito antigo Portuguez, fonte da nossa legislação, a legitimação por Mercê Real não era mais que uma dispensa para os effeitos e fins declarados em lei, ou observados por estilo (¹²⁰), habilitando ao legitimado:

1.º) Para poder gozar da nobreza, liberdades, armas e insignias da casa paterna (¹²¹);

2.º) Para pedir alimentos, (¹²²);

3.º) Para poder, o espurio ser instituido herdeiro por seus paes (¹²³).

¹¹⁶ Lei de 22. de Setemb. 1828. art. 2. § 1. No direito antigo estas Cartas erão expedidas pelo Desembargo do Paço, na forma do seu Regim. § 118; Ord. Liv. 1. tit. 3 § 1.

¹¹⁷ Valasc. Cons. 158. n. 8. 9; Molina de Primogen. Liv. 2. Cap. 7. n. 37.: Borges Carn. Liv. 1. tit. 23. § 206 n. 4, 7.

¹¹⁸ Valasc. Cons. 158. n. 8, 10; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 23. § 206. n. 5, 6.; Caminh. de Libel. Annot. 99. n. 15.

¹¹⁹ Pegas ad Ord. Liv. 1. tit. 3. § 1. n. 79; Borg. Cara. Liv. 1. tit. 23, § 206. n. 6.

¹²⁰ Prov. de 18 de Janr. 1799; Borges Cara. Liv. 1. tit. 23. § 207. n. 2. Valasc. Cons. 165. n. 7. Partit. Cap. 12. n. 40. segg.; Cabed. Part. 2. Decis. 69. n. 9.

¹²¹ Reg do Dezemb. do Paço § 118; Mello Freir. Liv. 2. tit. 6. § 10. *nota*.

¹²² Assento 9 de Abril 1772. § 3.

¹²³ Este effeito é hoje inutil; porque o Decr. de 11 de Agosto de 1831 declarou que os espurios não tem inibição legal para serem instituidos herdeiros em testamento.

Mas, em regra, quanto aos bens e herança do pae serão havidos como extranhos, á não haver clausula expressa na mesma Carta com dispensa das leis para esse efeito (¹²⁴). O direito pois de succeder ao pae intestado não resultava ao filho como efeito normal da legitimação, senão como uma graça especial do principe, usando do seu poder soberano. E como, pelo direito patrio vigente, ao poder judiciario não é licito fazer acrescentamento algum ao direito hereditario, a carta de legitimação aproveita ao legitimado tão somente para poder gozar das honras e prerogativas dos filhos legitimos, permanecendo, quanto á successão dos bens paternos, na mesma condição em que se achão por virtude do testamento, ou da escriptura publica do reconhecimento da filiação.

D) Dos netos e mais descendentes

§ 20 Os netos e mais descendentes legitimos, em qualquer gráo que estejam, succedem aos avós, ou concorrão com os filhos ou sós. O gráo, porém, de distancia em que se acha o os descendentes, em relação aos ascendentes, influe sobre a porção da legitima que lhes cabe na herança. Por quanto os filhos succedem *in capita*, fazendo-se a divisão da herança em tantas partes iguaes quantos são os herdeiros, não tendo um maior porção que outro; e os netos e todos os mais descendentes *in infinitum*, succedem *in stirpes*, representando seus paes fallecidos (§ 11). Assim se concorrem filhos e netos, estes, qualquer que seja o numero, recebem repartidamente a parte que tocaria á seu pae predefunto, se vivo fôra; porque não succedem por direito proprio, como os filhos, senão representando o pae defunto. E se concorrem netos e bisnetos, os

¹²⁴ Ord. Liv. 2. tit. 35. § 12; Liv. 4. tit. 36. § 4. in *fine*.; Mello Freir. Liv. 2. tit. 6. § 10. *nota*.; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 23. § 207. n: 6. 7.

primeiros recebem a parte que tocara ao filho que representam, e os segundos a que competeria ao neto (¹²⁵).

II) Successão dos ascendentes

§ 21 Na falta de descendentes, devolve-se a successão aos ascendentes (¹²⁶), e ainda com exclusão dos irmãos germanos e de seus filhos (¹²⁷). N'esta linha o mais proximo em gráo exclue ao mais remoto; porque entre ascendentes não é admissivel o direito de representação (¹²⁸). Portanto se á um filho sobrevive seu pae e sua mãe, ambos lhe succedem em partes iguaes; e se somente vive um dos paes, este recebe toda a herança, ainda que sejam vivos os avós por parte do outro (¹²⁹).

Quando no mesmo gráo concorrem avós das duas linhas, a herança divide-se por igual para cada uma quer n'ella exista um só dos avós, quer ambos (¹³⁰), sem distincção de serem os bens provenientes do pae ou da mãe do neto fallecido (¹³¹). O mesmo guarda-se a respeito dos bisavós, na falta de avós. E fallecendo com testamento dispondo da terça, succedem os paes ou avós somente nos dous terços da herança (¹³²).

¹²⁵ Novella 118. Cap. 1.; Ord. Liv. 4. tit. 96. por.; Instit. Liv. 3. tit. 1. §§ 6. 16.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. § 5.; Coelho da Rocha § 338 e nota.

¹²⁶ Ord. Liv. 4 tit. 96. por.; Coelho da Rocha § 342.

¹²⁷ Ord. Liv. 4. tit. 91.

¹²⁸ Auth. Defuncto Cod. ad. S. C. Tertul.; Novella 118. Cap. 2.; Molina de Just. Trat. 2. Disp. 626. n. 1.; Portug. de Donat. Part. 3. Cap. 19. n. 4.

¹²⁹ Auth. Defuncto Cod. ad. S. C. Tertul.; Ord. Liv. 4. tit. 82. *pr.*; tit. 96. *pr.*; Portug. de Donat. Part. 3. Cap. 19. n. 3.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 12. n. 9.

¹³⁰ Novella 118. Cap. 2.; Portug. de Donat. Part. 3. Cap. 19. n. 7, 8.; Gama Decis. 9. n. 2.; Guerr. cit. n. 11; Coelho da Rocha § 342.

¹³¹ Ord. Liv. 4. tit. 91.; Barb. in Leg. Post dotem D. Solut. matrim. n. 67.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 12. n. 4. segg.

¹³² Ord. Liv. 4. tit. 91. § 1.

Succedem tambem os ascendentes aos descendentes illegitimos nos mesmos casos em que estes lhes succedem; porque o direito de successão é reciproco (§17) (¹³³).

III) Da successão dos collateraes

§ 22 Na falta de descendentes e de ascendentes, succedem os collateraes (¹³⁴). São chamados em primeiro lugar á successão os irmãos e irmãs germanos e seus filhos, com exclusão dos uterinos e consanguineos (¹³⁵). Faltando irmãos e irmãs germanos, e filhos d'elles, succedem os irmãos e irmãs unilateraes, com exclusão dos tios, sem differença de bens paternos ou maternos (¹³⁶). Os irmãos, quer germanos, quer unilateraes succedem *in capita* e os sobrinhos de uns e d'outros sempre *in stirpes* pelo direito de representação, ou concorrão sós, ou com tio vivo (¹³⁷).

A mesma razão de favor, que se dá aos filhos de irmãos germanos para representarem aos paes, acontece nos sobrinhos, filhos de irmãos unilateraes o e além disto a generalidade das expressões da

¹³³ Novella 118. Cap. 3; Portug. de Donat. Part. 3 Cap. 18. n. 57; Mello Freire Liv. 3. tit. 8. § 16. O reconhecimento do pae feito depois da morte do filho, não lhe dá por si só o direito de herdeiro; deve arrecadar-se o espolio do filho para ser entregue á quem direito fôr; Ordem de 17 de Setemb. de 1864.

¹³⁴ Novella 118. Cap. 3.; Ord. Liv. 4. tit. 96. pr.; Guerr. Trat. 2. Liv. 4. Cap. 1. n. 2, 39.

¹³⁵ Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. § 17.; Guerr. Trat. 2. Liv. 4. Cap. 1. Esta regra estende-se aos irmãos havidos de matrimonio putativo, e aos legitimados por subsequente matrimonio; Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 8. § 17. n. 1. Pelo direito de representação dos paes pre-defuntos, os filhos dos bilateraes excluem aos tios unilateraes; Novella 118. Cap. 3; Guerr. Trat. 2. Liv. 4. Cap. 1. n. 39.

¹³⁶ Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. § 17.; Guerr. Trat. 2. Liv. 4. Cap. 2.

¹³⁷ Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. § 17.; Valasc Jur. Emphit. Quest. 50. n. 3.; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 19. n. 48. Esta é a opinião que tem prevalecido no foro; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 69, não obstante a Ord. Liv. 4 tit. 91. § 2.; porque esta lei não trata da representação nem da successão *ab intestado*, senão dos bens que pertencem aos filhos do primeiro matrimonio pela disposição da lei (§ 14); e a representação, assim a respeito dos ascendentes, bem como dos collateraes, somente foi concedida na successão hereditaria. Pelo que a citada Ord. não offerece argumento em contrario á opinião recebida; Per. Decis. 3. n. 14, 14; Pinh. Emphyt. Disp. 5. Sect. 4. § 1. n. 83.

Novella, dando representação aos sobrinhos, não exclue os filhos d'estes ultimos irmãos.

Na falta de irmãos e sobrinhos, succedem os parentes mas proximos em gráo com o defunto, ou seja um ou muitos, sem differença de sexo, do idade, ou de linha (¹³⁸). Os irmãos uterinos, e outros parentes por parte da mal succedem aos irmãos illegitimos, ainda que nascidos de coito damnado ou punivel, pois que a illegitimidade da geração não lhes tira a legitimidade da sua mutua successão (§ 17) (¹³⁹).

IV) Da successão dos conjuges

§ 23 Em falta de parentes até o decimo gráo, contado segundo o direito civil (¹⁴⁰), succede em quarto lugar *ab intestado* ao conjuge predefunto, o conjuge sobrevivente, se com elle viveu na mesma casa, e no mesmo leito até o tempo da morte; mas não succede um á outro, se viverão separados por juizo da Igreja, menos quanto ao conjuge que deo causa á separação (§ 87 n. 5.) (¹⁴¹).

Quando se faz o casamento com dispensa do parentesco entre os contrahentes, fallecendo um dos conjuges, o que sobrevive toma o seu lugar, segundo o gráo de parentesco que tiver com o predefunto, para excluir os outros parentes mais remotos até o decimo gráo (¹⁴²).

¹³⁸ Novella 118. Cap. 3.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. § 17; Guerr. Trat. 2. Liv. 4. Cap. 7. Os grãos de parentesco contão-se segundo o direito Civil; Ord. Liv. 4. tit. 94.; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 19. n. 44.; Guerr. cit. n. 7.; e segundo este modo de contar, os tios do collateral defunto preferem aos primos coirmãos d'elle; porque o tio esta com o sobrinho em terceiro gráo civil, e o primo em quarto. Quando a herança se devolve *ab intestado* aos parentes em gráo mais distante que os dos irmãos e sobrinhos, todos succedem *in capita*; Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 8. § 17. n. 1.

¹³⁹ Ord. Liv. 4. tit. 93.; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 18. n. 86, 87.; Mello Freir. cit.

¹⁴⁰ Ord Liv. 4. tit. 94.

¹⁴¹ Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 19. n. 55. 56.; Barb; D. ad. Rubr. Solut. matrim. Part. 2. n. 58. 59. 60.; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 53. segg.; Mello Freir Liv. 3. tit. 8. § 18.

¹⁴² Ord. Liv. 4. tit. 94; Corrêa Telles Dig. Portug. Liv. 3. n. 880.

V) Da successão da fazenda Nacional.

§ 24 Na falta de parentes até o decimo gráo, e de conjuge, fica a herança vaga, e dévolve-se á Fazenda Nacional (¹⁴³). Quando a nação succede em bens vagos não fica sujeita ás dividas do defunto além das forças da herança (¹⁴⁴). Mas succedendo como herdeira, e não fazendo inventario, fica sujeita ás dividas do defunto, e á todos os encargos da herança, ainda além das forças d'ella, da mesma forma que o são os herdeiros, quando pessoas particulares (¹⁴⁵).

Ficando a herança jacente, incumbe ao juiz dos Orphãos proceder á arrecadação e o inventario dos bens vagos, e mandar fixar Editaes por tempo razoavel, chamando aos herdeiros que tiverem direito na herança para virem habilitar-se, ouvindo em todo o processo da arrecadação, do inventario e da habilitação, ao procurador fiscal (¹⁴⁶).

Das pessoas excluidas da successão legitima

§ 25 Não succedem *ab intestado*.

I) Por disposição da lei:

1.º) Os Religiosos e Religiosas professas, ainda que pertenção á communidades que podem possuir bens em commum (¹⁴⁷);

2.º) Os Religiosos secularizados, á não ser por disposição testamentaria, sem prejuizo da legitima dos herdeiros forçados, ou em

¹⁴³ Ord. Liv. 1. tit. 90. § 1.; Liv. 4. tit. 94.; Reg. 9 de Maio de 1842. art. 3. § 2.

¹⁴⁴ D. Liv. 49. tit. 14. fr. 1. § 1; Valasc. Cons. 52. n. 46.

¹⁴⁵ Valasc. Cons. 52. n. 46. (Veja-se a nota 60.)

¹⁴⁶ Ord. Liv. 1. tit. 90.; Lei. de 30 de Novemb. 1841. art. 17. Decr. 9 de Maio de 1842.; de 17 de Julh. de 1845.; de 18 de Novemb. de 1848.; de 15 de Dezemb. de 1860.; Lei de 3 de Dezemb. de 1841. art. 114.; Lei de 21 de Outub. de 1843, art. 29.; Lei de 18 de Setemb. de 1845. art. 31.

¹⁴⁷ Lei de 9 de Setemb. 1769. § 10., que n'esta parte não foi suspensa pelo Decr. de 17 de Julho de 1778; Decr. de 16 de Setemb. de 1817.

falta de parentes até o decimo grão, ou de conjuge, excluindo sómente o Estado (¹⁴⁸);

3.º) Todos aquelles que por força ou engano estorvarão os fallecidos de dispôr livremente de seus bens em testamento (¹⁴⁹);

4.º) Os descendentes e ascendentes legalmente desherdados por justa causa (¹⁵⁰);

5.º) Os ascendentes que não fizerão inventario dos bens do conjuge predefunto no prazo da lei, quanto aos bens dos filhos ou descendentes que á esse tempo tiverem (§ 81) (¹⁵¹)

6.º) Os herdeiros que forão remissos e negligentes em procurar o restabelecimento da saude de seus ascendentes e parentes, se vierão á fallecer no estado de alienação mental (¹⁵²)

7.º) Os que se excusarem da tutela dos parentes, nos casos que a lei dispõe (¹⁵³).

¹⁴⁸ Lei de 19 de Novemb. de 1821, autorisada pela lei 6^a. de 20 de Outub. de 1823, que modificou a Resolução de 26 de Dezemb. de 1809, segundo a qual os Relegiosos secularisados erão absolutamente incapazes para succeder.

¹⁴⁹ Ord. Liv. 4. tit. 84. pr.; tit. 88. § 13.; Netto de Ultim. Volunt. Liv. 1. tit. 17.; Pinh. de Testam. Disp. 2. Sect. 1.

¹⁵⁰ Ord. Liv. 4. tit. 82. §§ 2. 4.; tit. 88, e tit. 89. A desherdação pode ser feita e julgada em vida, e então o desherdado fica incapaz de succeder; ou pode ser feita em testamento, como é costume, e n'este caso cumpre ao herdeiro provar as causas da desherdação; Ass. 4º. de *20 de Julho de 1780*. Incapaz de succeder se diz aquelle que não pode adquirir a herança, e destingue-se do *indigno*; porque este pode adquerir, mas não pode conservar, devolvendo-se ao fisco; Brunem, in Pand. Liv. 34. tit. 8. frag. 3. n. 2.; Alm. Souz. Acç. Sum. § 178. Esta diferença, porém, desappareceo do nosso direito depois da Constituição do Imperio art. 179. § 20., que abolio a confiscação de bens, inutilisando a distincção entre herdeiros capazes e indignos.

¹⁵¹ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 8.; Ass. 3º. de *20 de Julho de 1780*.

¹⁵² Ord. Liv. 4. tit. 88. § 14.; Molina de Just. Disp. 176. n. 31; Pinh. de Testam, Disp. 5. Sert. 3. § 7. n. 294; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 1. n. 24. Esta Ordenação falia somente do filho que foi negligente em curar o pae, ou a mãe que perderão o sizo natural; mas a sua disposição se estende á todos os casos em que o filho abandona ao pae ou á mãe em qualquer enfermidade; e para que incorra n'esta falta basta que deixe de chamar Medico em tempo opportuno; Gama Decis. 187. pr.

¹⁵³ Ord. Liv. 4. tit. 102. §§ 5, 6.; Ord. Liv. 4. tit. 104. § 5. Jurd. Decis. 3. n. 1. segg. A disposição da Ordenarão lemita-se, quando o parente mais chegado do orphão tem justa causa de escusa da tutela; Guerr. Trat 3. Liv. 2. Cap. 2. n. 38.

II) Por disposição do homem:

Os filhos familias que incorrem na pena de desherdação, ou por se terem casado antes de 21 annos de idade, sem o consentimento dos paes, ou por terem se deshonestado (¹⁵⁴).

SECÇÃO SEGUNDA

DA SUCCESSÃO TESTAMENTARIA

NOÇÃO

§ 26 Se diz *testamentaria* a successão, quando nasce da disposição solemne da ultima vontade do defunto. Na disposição dos bens por testamento, toma a denominação de *herdeiro* aquelle que é nomeado em toda a universalidade da herança, representando o testador, quer a nomeação recaia em uma só, ou em muitas pessoas, e se diz legatario ou fideicommissario aquelle á quem é deixada uma parte, ou uma coisa determinada da herança (§ 2). As cousas assim deixadas denominão-se *legados* ou *fideicommissos*.

O legatario ou fideicommissario se diz á titulo universal quando é instituido em uma quota parte da herança, assim como a terça, ou uma especie de bens, v. g. os moveis da casa; e á *titulo particular* quando lhe é deixada uma quantia, ou uma só coisa especificadamente, como uma casa, um campo, e ainda quando o legado consta de muitas

¹⁵⁴ Ord. Liv. 4. tit. 88. § 1.; Lei de 19 de *Novemb.* de 1775. §§ 4, 5; Lei de 29 de *Novemb.* de 1775; Ass. de 9 de *Abril*, de 1772. § 2. confirmado pelo Alvará de 29 de *Agosto* de 1776.; Lei de 6 de *Outub.* de 1784. § 6. Cessa a incapacidade de succeder, quando o pae, perdoando a injuria, institue á filha herdeira, não havendo ao tempo da sua morte outros filhos ou descendentes legitimos; Ord. Liv. 4. tit. 88. § 2.; Ass. 9 de *Abril* de 1772. § 2. Não pode, porém, ser desherdada, senão da metade da legitima, a filha que casa com marido notoriamente conhecido por melhor, do que seria aquelle com quem o pae pode-la-hia casar, Ord. Liv. 4. tit. 88. § 3.; Ass. Citado; e succede em toda a legitima, ainda que hajão outros descendentes legitimos, se elle não desherdou expressamente; Ord. e Assento estado.

cousas separadas e distintas, com tanto que sejam todas consideradas como uma só, formando moralmente um só corpo, assim como um rebanho, uma parelha de cavallos, ou outras semelhantes ⁽¹⁵⁵⁾.

Das pessoas que podem ser nomeadas herdeiros.

§ 27 Em regra, todas as pessoas de qualquer sexo, idade ou condição, podem ser nomeadas herdeiros, ou legatarios; mas por disposição da lei, são incapazes de ser instituídos herdeiros em testamento:

1.º) Os Religiosos, ou Religiosas professas, ainda n'aquellas communidades que possuem bens em commum ⁽¹⁵⁶⁾, salvo sendo egressos ou secularizados; mas neste caso são nomeados sem prejuizo da legitima devida aos herdeiros necessarios ⁽¹⁵⁷⁾. Contudo os Regulares, ainda não secularizados, podem receber legados que consistão em tenças vitalicias para seus alimentos ⁽¹⁵⁸⁾;

2.º) As Igrejas, Ordens Religiosas, Confrarias, Irmandades, Misericordias, Mosteiros e quaesquer outras corporações de mão-morta ⁽¹⁵⁹⁾. Mas n'esta prohibição não se comprehende a de receberem legados, não sendo universaes, com a obrigação de alienar os bens de raiz d'entro de seis mezes contados de sua entrega, e o seu producto convertido em

¹⁵⁵ Coelho da Rocha §§ 687, 688.

¹⁵⁶ Lei de 25 de Jun. de 1766. § 10.; de 9 de Setemb. de 1769. § 10.; de 12 de Maio de 1778.; Decr. de 16 de Setemb. de 1817.

¹⁵⁷ Lei de 19 de Novemb. de 1821 § 2., que modêficou a Resol. de 26 de Dezemb. de 1809. As Camaras Municipaes não estão comprehendidas em o numero das corporações de mão morta; Circ. N.º 4. de 15 de Janr. de 1844.

¹⁵⁸ Decr. de 17 de Julh. de 1778.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 5. § 3.; Alm. Souz. ao cit. § n. 1.; Acç. Sum. § 177.; Coelho da Rocha § 689.

¹⁵⁹ Ord. Liv. 2. tit. 18; Lei de 4. de Julh. de 1768.; 12. de Maio., 9 de Setemb. 1769. § 10.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 5. § 31.; Alm. Souz. ao cit. § n. 5.; Pr. Souz. Lin. Civ. Not. 865. in fine; Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1. tit. 36. § 304.

Apolices da divida publica, com excepção dos predios e terrenos necessarios para o serviço das mesmas corporações (¹⁶⁰);

3.º) Os que escrevem nos testamentos herança ou legado para si ou para seus ascendentes ou descendentes (¹⁶¹), mas isto não se estende ao que sómente servio de testemunha no acto da aprovação, nem ao legatario que escreveo as outras disposições do testamento (¹⁶²);

4.º) As concubinas dos concubinarios casados (¹⁶³);

5.º) Tambem é incapaz a alma de ser instituida herdeira; e o testamento que contém tal disposição é nullo (¹⁶⁴).

Quando o instituido é um incapaz, tem-se a instituição por não escripta e devolve-se a herança ao herdeiro *ab intestado*, sem onus dos legados ou fideicommissos, salvo se o testamento traz a clausula codicillar (¹⁶⁵).

¹⁶⁰ Ord. Liv. 2. tit. 18 § 1.; Reg. de 2 de Outub. de 1851. art. 49. § 2.; Decr. N.º. 1225 de 20 de Agosto, de 1864. art. 2.; Avis. N.º 316. de 22 de Outub. de 1864., e de N.º. 407. de 10 de Dezemb. do mesmo anno, o qual fixa a intelligencia do referido Decreto. Tambem o citado Decreto garantio ás mencionadas corporações o poderem conservar os predios e terrenos que constituíam o seu patrimonio ao tempo da promulgação d'elle.

¹⁶¹ Cod. Liv. 9. tit. 23. fragg. 2, 3.; D. Liv. 3. tit. 8. fragg. 1, 5.; Brunem, in Pand. ao cit. frag. 1.; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 30. n. 14, 17. Esta disposição amplia-se ainda ao caso de ser o testamento do marido e mulher, escripto de mão commum; Portug. Liv. 3. Cap. 30. n. 15.

¹⁶² D. Liv. 34, tit. 8. fr. 1, 5.; Card. Prax. verb. *legatum* n. 66.; Coelho da Roch. § 690.; Ord. Liv. 4. tit. 85. § 1.

¹⁶³ Ord. Liv. 4. tit. 66. pr. Esta Ord. falla somente da transmissão da propriedade, feita pelo homem casado a sua concubina, por doação, venda ou por qualquer outro titulo, dando a mulher ou seus herdeiros acção para demandarem a cousa assim traspassada d'entro de certo tempo, sem pagarem preço algum; Egd. de Privil. Honest. art. 8. n. 11.; Portug. de Donat. Liv. 1. Praelud. 2. § 7. n. 24. Mas como a citada Ord. não falla senão de actos *inter vivos*, parece excluir da censura as disposições da ultima vontade; Egd. cit. n. 21.; Barb. Rem. á Ord. Liv. 4. tit. 66. pr. n. 3.; Gam. Decis. 226. n. 5. Todavia tem prevalecido a opinião contraria que sustenta serem nullas geralmente as doações, legados e heranças deixadas á concubina; Mello Freir. Liv 2. tit. 10. § 6.; Coelho da Roch. § 690. Esta regra, porém, lemitão os praticos em alguns casos poucos, que podem ser vistos em Alm. Souz. Sup. Acç. sum. Diss. 2. § 19, e 20.

¹⁶⁴ Lei de 9 de Setemb. de 1769 § 21., revalidada pelo Alvará de 20 de Maio de 1796; Ass. 1.º. de 29 de Março de 1770; Ass. 4.º de 5 de Dezemb. de 1770; Ass. 1.º de 20 de Julho de 1780; Ass. 2.º de 21 de Julho de 1797; Alm. Souz. Acç. Sum. § 180. A instituição da alma por herdeira tambem se verefica no caso de ser alguma Ordem, Irmandade ou Corporação, instituida herdeira e testamenteira; cit. Ass. de 21 de Março de 1770.

¹⁶⁵ D. Liv. 34. tit. 8. fragg. 3. 4; Pinh. de Testam. Disp. 5. Sect. 1. § 1. n. 19.

CAPITULO TERCEIRO

1) *Da legitima.*

§ 28 Se o testador deixa herdeiros necessarios, pode dispôr sómente da terça de seus bens; porque as outras duas terças partes estão sujeitas á legitima d'elles (¹⁶⁶). Portanto, dividida a herança em tres partes iguaes, depois de deduzidas as dividas, duas ficão salvas aos herdeiros forçados, quer seja um só, quer sejam muitos, para se repartir entre todos, conforme a ordem, e gráo, na mesma proporção que succedem *ab intestado*.

A legitima deve ser deixada sempre á titulo de instituição, senão expressa ao menos tacitamente; e entende-se haver instituição tacita, quando o pae, ou mãe, sabendo que tem filhos vivos, toma a terça de seus bens, e a deixa em testamento á quem lhe apraz, sem fazer instituição expressa dos filhos; porque, neste caso, presume a lei que elle quiz instituir aos filhos nas legitimas (¹⁶⁷).

¹⁶⁶ Ord. Liv. 4. tit. 82. pr.; tit. 91. § 1.; Cod. Liv. 3. tit. 28. fr. 36.; D. Liv. 48. tit. 20. fr. 7.; Novella 1.^a No direito Romano antigo, a legitima era a quarta parte d'aquillo em que o filho teria direito de succeder *ab intestado*. D. Liv. 5. tit. 2. fr. 8. §§ 6, 8. Mas Justiniano, reformando esta jurisprudencia, declarou e dispôz, que, ficando até quatro filhos, seria a legitima uma terça parte de todos os bens paternos; e que sendo mais que quatro, seria a legitima a metade de todos os bens; Novella 18. O direito patrio ainda elevou á mais a legitima dos filhos, constituindo-a nas duas terças partes dos bens paternos.

¹⁶⁷ Ord. Liv. 4. tit. 82. pr. Valasc. Partit. Cap. 17. n. 30.; Netto ad Ult. volunt. Liv. 2. tit. 2. § 10. Por direito romano a instituição expressa de um ou mais herdeiros universaes é condição essencial para a validade do testamento, salvo podendo valer como codicillo; e d'este principio resulta que ninguém pode morrer parte testado e parte intestado, com a excepção do soldado.

Este direito foi acceito em Portugal, e consta da Ord. Liv. 4. tit. 83, § 3; tit. 86. pr., e outras disposições concordantes; e assim forão sempre entendidas estas leis pelos nossos antigos interpretes. Mais tarde apparecerão as leis de 18 de Agosto de 1769, de 9 de Setemb. do mesmo anno e outras, que derão occasião a uma jurisprudência diversa, sustentando alguns, entre outros Mello Freir. Liv. 3. tit. 5. § 29, que a instituição de herdeiro não é essencial para a validade do testamento, podendo o testador distribuir em legados toda a sua herança. Esta opinião, posto que não seja conforme á muitos textos das Ordenações, nem se funde em disposição expressa d'uma lei posterior, tem prevalecido na praxe. Contudo a nossa opinião é que não devemos nos afastar da interpretação que os antigos escriptores derão as citadas Ordenações.

E garantida a legitima aos herdeiros forçados de tal modo que o defunto não os póde privar d'ella, nem onera-la com encargos, condições (¹⁶⁸), ou legados (¹⁶⁹), nem se quer substitui-la em dinheiro, quando lhes devão caber outros bens da herança; porque a lei quer que a legitima seja paga com os proprios bens deixados pelo pae (¹⁷⁰). Pelo que resulta, que, se os legados, ou sejam de quantidade, ou de especie, pios ou profanos, e ainda deixados em favor da liberdade, excedem á terça do defunto, sempre se rateião, havendo o legatario o que pro rata lhe tocar, de sorte que os filhos, ou outros descendentes ou ascendentes, não tenham prejuizo em suas legítimas (¹⁷¹). Mas se o testador não tiver filhos ou outros herdeiros forçados, então os legados se deduzem de todo o monte da herança (¹⁷²).

CAPITULO QUARTO.

II) DOS LEGADOS E FIDEICOMMISSOS

NOÇÕES E DIFFERENÇAS

§ 29 Legado é a disposição da ultima vontade, pela qual o herdeiro fica obrigado á entregar á certa e determinada pessoa (¹⁷³), uma quota de herança ou de bens. ou certa coisa ou quantidade (¹⁷⁴).

¹⁶⁸ Cod. Liv. 3. tit. 28. fr. 33.

¹⁶⁹ Cod. Liv. 3. tit. 28. fr. 36.; Novella 18. Cap. 1.; Guerr. Trat. 2. Liv. 5. Cap. 3. n. 1; Valasc. Partit. Cap. 19. n. 37, 38.

¹⁷⁰ Cod. Liv. 3. tit. 28. fr. 36; Valasc Cons. 110. n. 10. Coelho da Roch. § 351.

¹⁷¹ D. Liv. 30. tit. 1. fr. 80.; Liv. 29. tit. 1. fr. 18 § 1. Oliveira de Mim. Provis. Cap. 1. § 28. n. 64.; Phoeb. Part. 2. arest. 88.; Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 6. n. 316. Esta é a praxe, posto que Valasc. Partit. Cap. 19. n. 38. ensine que o legado em especie não se rateia.

¹⁷² Valasc, Partit. Cap. 19. n. 38.

¹⁷³ Em regra não vale o legado deixado á pessoa totalmente incerta; D. Liv. 28. tit. 5. fr. 9. § 8. Mas esta regra limita-se: 1.º) Quando foi instituido o legado em favor da causa pia, como quando o testador deixa uma coisa ou certa quantia á Igreja ou aos pobres, entendendo-se n'estes casos a Igreja, ou aos pobres do lugar em que o testador tem o domicilio; Egyd. in Leg. 1 de Sacros. Eccles Part. 1. pr. N. 34.; Pinh. De Testament. Disp. 3. Sect. 5. n. 114; 2.º) Quando a pessoa é incerta; mas pode ser ao depois determinada

Tambem define-se: Uma certa doação deixada pelo defunto, cuja entrega se faz pelo herdeiro (¹⁷⁵). Fideicommisso, porém, é a disposição pela qual o testador manda ao herdeiro que entregue á pessoa determinada e á tempo prefixo, a universalidade da herança ou uma quota parte d'ella, ou sómente certa cousa.

O herdeiro sujeito á este encargo, chama-se *fideicommissario* e a pessoa a quem elle deve transmittir a herança ou parte della, nomeada pelo testador, se diz *fiduciario* ou *substituto*: E pois, assim o legado bem como o fideicommisso, pode ser universal ou particular (¹⁷⁶).

por algum acontecimento futuro, ficando no entanto surpresa a disposição, até que o evento previsto mostre a pessoa do legatario, como a pessoa com quem casar, o primeiro filho que nascer; Egyd. In. Leg. 1. de Sacros. Eccel. Part. 1. pr. N. 32; Pinh. de Testam. Disp. 3. Sect. 5. n. 116; Coelho da Rocha § 689.; 3.º Quando o testador deixa o legado á pessoa incerta, mas d'uma classe especificada, como se dispõem: *Deixo a minha casa á um dos filhos de Pedro; deixo 1:000\$000 á dez orphãos da Freguezia tal.*

Neste ultimo caso pode o testador deixar a escolha, ou ao herdeiro, ou á uma terceira pessoa; porque a substancia do legado não se confere á elle, mas sómente o accessorio, ou a qualidade, isto é, a eleição da pessoa; D. Liv. 31, fr. 24.; Gomes in Leg. Taur. 40 n. 48. E quando o herdeiro fallece ou se abstem de fazer a escolha, todas as pessoas de classe prevista pelo testador podem pedir o legado, ou fideicommisso; D. Liv. 31. fr. 16, 67. § 7; Gomes in Leg. Tanr. 40. n. 49.; Pinh. de Testam. Disp. 3. Sect. 6. n. 118; Coelho da Rocha § 689., posto qne reste um só d'aquelles que podião ser eleitos; Brunem, in Fand. Liv. 31. tit. 1. fr. 67. n. 9.

¹⁷⁴ Na praxe não se faz differença quer o testador, constituindo o legado use da expressão *quota de bens*, quer empregue as palavras *quota de herança*, podendo os credores do defunto, em qualquer dos casos, demandarem ao possuidor dos bens, como se o legado lhe fôra deixado pela palavra *herança*; Valasc Cons. 110. n. 15.; Pinh. de Testam. Disp. 3. Sect. 11. § 3. n. 324.

¹⁷⁵ Instit. Liv. 2. tit. 20. § 1 E' preferível esta definição do jurisconsulto Florentino no Dig. Liv. 30. fr. 116, e a do jurisconsulto Modestino no Liv. 31. fr. 36.: Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 3.

¹⁷⁶ Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 18.; Netto Ultim. volunt. Liv. 6. tit 5. n. 1, 2. O fideicommisso é universal, quando o primeiro herdeiro gravado fica obrigado, em vida ou depois da morte, a restituir a herança toda ou uma parte d'ella ao fiduciario, ou é particular, quando o primeiro é rogado á restituir alguma parte ou consa da herança á terceira pessoa; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 7. § 18. n. 2.; Pinh. de Testam. Disp. 4. Sect. 8. § 1. n. 1141. Os fideicommissos familiares podem ser temporaes ou perpetuos, em favor da família e com prohibição de se alienarem os bens á pessoas estranhas. Os fideicommissos perpetuos estão prohibidos pela lei de 6 Outub. de 1835., e os particulares ainda subsistem pelo nosso direito; mas a inibição de alienação dos bens pessoas estranhas não se estende além da quarta geração; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 6. n. 30, 58; Covarr. Var. Resol. Liv. 3. Cap. 5 n. 4; Alm. Souz. Trat. dos. Morg. Cap. 10. 2 12. not. Corrêa Telles Doutr. das Acç. not. (2) ao § 165.

Quanto ao effeito, não differe o legado do fideicommisso (¹⁷⁷) mas quanto ao modo porque se deixa um e outro, differem entre si; porquanto o legado parte directamente do defunto para o herdeiro, sem que beneficie á este, e o fideicommisso parte directamente do defunto ao fiduciario, á quem em primeiro gráo aproveita, e d'este para o fideicommissario que o recebe em algum tempo indirectamente d'aquelle ou do defunto e commitente (¹⁷⁸).

Se o legado foi deixado sem condição, o legatario adquire o dominio da coisa legada logo desde a morte do testador (§ 47) (¹⁷⁹), e se lhe sobrevive o transmite á seus herdeiros (¹⁸⁰); mas quando a coisa é deixada em fideicommisso, a propriedade do fiduciario fica restricta á um tempo determinado; e durante esse tempo é equiparado á um usufructuario, se o testador não determinou seus direitos e deveres d'outra maneira (¹⁸¹).

Sendo universal o fideicommisso, fica obrigado o fiduciario:

1.º) A' fazer inventario, se o fideicommissario o exigir (¹⁸²)

2.º) A' não poder dispôr dos bens, nem *inter vivos* nem por testamento, excepto para suas necessidades pessoais, se o testador sómente fez a substituição dos bens que existirem ao tempo da morte do fideicommissario (¹⁸³),

¹⁷⁷ D. Liv. 30. tit. de legat. 1. fr.; Instit. Liv. 2. tit. 24. § 1.: Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 1.

¹⁷⁸ Instit. Liv. 2. tit. 24 pr.; Dig. Portug. Tom. 3. art. 1689.

¹⁷⁹ D. Liv. 47. tit. 2. fr. 64.; Liv. 30 fr. 86. § 2.; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 7.; Bagn. Cap. 17. n. 1. segg.

¹⁸⁰ D. Liv. 6. tit. 1. fr. 50; Liv. 31. fr. 80.; Cardozo Prax. verb. *legatum*. n. 6.; Oliv. de Munere Provis. Cap. 13. n. 20.

¹⁸¹ Coelho de Rocha § 718.; Pinh. de Testam. Disp. 4. Sect. 8. § 1. n. 1141.

¹⁸² Valasc. Cons. 52. n. 49.; Guerr. Trat. 1. Liv. 3. Cap. 2. n. 6. Mas isto se entende do inventario simples e não do solemne (§ 79).

¹⁸³ D. Liv. 36. tit. 1. fr. 54.; Cod. Liv. 6. tit. 43. fr. 3. § 2 segg.; Pinh. de Testam. Disp. 4. Sect. 8. § 6. n. 1213.

3.º) A' restitui-los no estado em que se achavão ao tempo, em que tomou conta e portanto não pode repetir senão as bemfeitorias necessarias ou uteis, que augmentão o valor da successão, e é responsavel pelo dolo ou culpa lata e leve (¹⁸⁴).

Das pessoas que podem deixar legados, ou fideicommissos, assim como recebe-los

§ 30 O legado e o fideicommisso, sendo actos da ultima vontade, não podem ser constituídos senão em testamento ou codicillo; mas não fazem parte substancial d'elle (¹⁸⁵). Regularmente podem constituir legados ou fideicommissos todos aquelles que tem capacidade de testar; e podem ser beneficiados no testamento ou codicillo não só as pessoas fisicas (¹⁸⁶), como tambem as Cidades, Villas, Freguezias, corporações civis e Religiosas, e quaesquer outras pessoas juridicas (¹⁸⁷). Mas, por ser liberalidade, não pode o testador, tendo herdeiros necessarios, constituir legado, ou fideicommisso á não ser nos limites da terça para que as legitimas fiquem sempre salvas (¹⁸⁸).

184 Guerr. Trat. 1. Liv. 3. Cap. 2. n. 28, 29.; Coelho da Rocha § 718.

¹⁸⁵ D. Liv. 28. tit. 5. fr. 1. § 3.

¹⁸⁶ D. Liv. 30. tit. de Legat. 1. fr. 2, 114.; Instit. Liv. 2. tit. 20. § 24.; Ord. Liv. 2. tit. 26. § 23.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 2.

¹⁸⁷ Dig. Liv. 30. fr. 117.; Gomes Tom. 1. Var Resol. Cap. 12. n. 6. O legado deixado ás cidades, Villas e outras povoações, vale; mas com esta declaração que, sendo do usufructo, finda-se no fim de cem annos, e sendo annuo e sem limitação de tempo, não se extingue, ainda depois de passados cem annos; Covarr. Liv. 3. Var. Cap. 9. n. 10.; Ayllon ad Resol. Gom. de Legat. Cap. 12. n. 8.

¹⁸⁸ Ord. Liv. 4. tit. 82. pr.; tit. 91. Quando os legados excedem á terça ou ao patrimonio do defunto, em regra, devem ser rateados, quer sejam de quantidade ou de especie, quer sejam pios ou profanos; mas com esta distincção: Se o testador tem herdeiros necessarios, a diminuição se faz de modo que os legados não excedão aos limites da terça, ficando aos herdeiros salvas as suas legitimas; e se o testador é ura extranho, considera-se todo o patrimonio sujeito a disposição do testamento, rateando-se os legados em relação ás forças de toda a herança; Oliv. de Muner. Provis. Cap. 2. n. 36.; Phoeb. Part. 2. Arest. 88.; D. Liv. 30. fr. 80.; Liv. 35. tit. 2. fr. 82. Contudo não soffrem rateio os legados deixados por desencargo de consciencia, nem para satisfação do dote promettido á filha, os quaes são cumpridos integralmente, não excedendo ao patrimonio do defunto (§ 28); Oliv. de Muner. Provis. Cap. 1. § 28.; Olea. de Cess. Jur. et. act. Tit. 4. Quest. 5. n. 3. segg.

Ha, porém, pessoas que não podem fazer testamento, e contudo podem dispôr da terça; e taes são:

1.º) O condemnado á morte natural, sendo suas disposições para obras pias (¹⁸⁹).

2.º) O militar condemnado á morte natural, quanto aos bens castrenses, se o juiz assim o declarar na sentença (¹⁹⁰).

A) Dos legados em particular.

1) Generalidades.

§ 31 Não tendo a lei estabelecido formalidades para a constituição do legado, considera-se sempre valioso, quando deixado em testamento revestido das solemnidades legais, com tanto que se entenda a vontade do testador, quaesquer que sejam as palavras ou a forma de que tenha usado (¹⁹¹). E se as disposições são ambiguas, ou obscuras, devem ser interpretadas pelo modo que razoavelmente pareçam mais conformes com a vontade do defunto, entendida pela noção commum dos termos, e não pela significação juridica das palavras, que o testador as mais das vezes ignora. Mas quando se dá impossibilidade absoluta de se lhes attribuir um sentido razoavel, então se tem por não escriptas, para

São legados pios as esmolas, Missas, sufragios, ornamentos para o culto Divino; e bem assim o dinheiro deixado para se curar enfermos, vestir ou alimentar pobres e outros semelhantes; Ord. Liv. 1. tit. 62. § 41. Estes legados não podem exceder a 3.^a da 3.^a, Lei de 9 de Setemb. de 1769. § 6. restaurado pelo Alv. de 20 de Maio de 1796.

¹⁸⁹ Ord. Liv. 2. tit. 26. § 28. Liv. 4. tit. 81. § 6. Esta Ord. especifica os casos em que o condemnado a morte pode dispôr da terça; mas tem-se entendido que a sua disposição aproveita a quaesquer outras obras pias á arbitrio do testador; Gam. de Sacram. preestand. Quest. 6. n. 17.; Egyd. in Leg. 1. Cod. de Sacros. Eccles. Part. 1. 8 5. n. 4.; Pinh. de Testam. Disp. 1. Sect. 2. n. 71. A incapacidade de testar comprehende sómente ao condemnado á morte que estiver presente ao processo, ou que se acha nas prisões publicas; mas não ao condemnado á revelia, emquanto ausente; Cald. de Nominat. Emphyt. Quest. 5. n. 21.; Jul. Claro Liv. 3. § testam. Quest. 21. n. 4. que afirma ser a opinião commum.

¹⁹⁰ Ord. Liv. 4. tit. 83. § 2.; Pinh. de Testam. Disp. 1. Sect. 2. § 6. n. 79; Egyd. ad Leg. 1. Cod. de Sacros. Eccles. Part. 1. § 5. n. 2. segg.

¹⁹¹ Coelho da Rocha § 704.

ficarem sem efeito, porque o contrario seria, não interpretar, mas formar uma disposição nova em nome do testador (¹⁹²).

2) Do objecto dos legados.

§ 32 Podem ser objectos dos legados todas as cousas alienaveis, ou susceptiveis de commercio, com tanto que o legatario possa tirar algum proveito; e taes são:

1.º) As cousas corporeas e as incorporeas, existentes ou futuras, porque podem ser legados os fructos, as servidões, as obrigações e as dividas (¹⁹³);

2.º) As acções ou factos honestos, que o herdeiro possa practicar, como a construcção d'uma casa (¹⁹⁴);

3.º) As cousas proprias do herdeiro instituido, considerando-se como onus da herança (¹⁹⁵).

Tambem pode ser objecto do legado a coisa alheia, se o testador sabia que o era; e n'este caso o herdeiro deve comprar a coisa legada, e entrega-la ao legatario, ou pagar-lhe a estimação, se o dono a não quizer vender (¹⁹⁶). Mas se o objecto legado não estiver no commercio, ou se ninguem puder adquiri-lo, não é o herdeiro obrigado á pagar o valor (¹⁹⁷). Contudo é nullo o legado da coisa pertencente ao legatario ao tempo

¹⁹² D. Liv. 50. tit. 17. fr. 188.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 9.

¹⁹³ D. Liv. 30. fr. 41. pr.; Instit. Liv. 2. tit. 20. § 7.; Coelho da Rocha § 705.

¹⁹⁴ Dig. Liv. 32. fr. 12.; Coelho da Rocha cit.

¹⁹⁵ Dig. Liv. 31. fr. 67. § 8. O legatario tambem pode ser encarregado d'um legado, tanto que tenha recebido por liberalidade do defunto; D. Liv. 31. fr. 70.

¹⁹⁶ Instit. Liv. 2. tit. 20. § 4. Ao legatario incumbe a prova da sciencia do testador, salvo havendo justa razão para acreditar-se que elle não ignorava; D. Liv. 31. fr. 67. § 8.; Cod. Liv. 6. tit. 37. fr. 10. Mas quando o testador deixa ao legatario uma coisa que possui em commum com outro, não tem o beneficiado direito á mais do que a parte pertencente ao testador, sem que possa exigir o valor do resto da propriedade legada; D. Liv. 30. fr. 5. § 2.

¹⁹⁷ D. Liv. 30. fr. 39. § 9.

do testamento; e ainda quando houvesse depois alienado, não lhe seria devida, nem a propria cousa, nem o seu valor (¹⁹⁸).

3) Influencia da nullidade do testamento sobre o legado.

§ 33 Não podendo ser constituído o legado senão por disposição da ultima vontade, e por aquelles que tem a faculdade de testar (30), segue-se que não aproveita ao legatario, ainda por causa pia, quando deixado em testamento nullo, por defeito de solemnidades externas, ou internas, ou por outra causa, que não seja a preterição ou a desherdação do herdeiro (¹⁹⁹).

Quando o testador dispõe simplesmente da terça, sem fazer menção dos herdeiros necessarios, não ha verdadeira preterição; porque o silencio d'elle importa uma instituição tacita ou ficta com os effeitos da expressa, succedendo os herdeiros forçados, assim preteridos nas duas terças partes, e os legatarios nos legados, d'entro dos limites da terça (§ 28) (²⁰⁰), posto que esta não tenha sido deixada á titulo universal; porque a instituição tacita ou ficta basta para sustentar o testamento (²⁰¹). E se dispôz de todos os seus bens, sabendo que tem herdeiros necessarios, ou desherdando-os sem declarar a causa da desherdação, n'estes casos o testamento posto que nullo quanto á instituição, é valioso quanto ás disposições da terça (²⁰²). Mas se o testador deixa de instituir á seus herdeiros necessarios, por ignorar a existencia d'elles, então é nullo em todas as suas partes, assim como o são quaesquer legados, ainda que sejam pios (²⁰³). E se o pae ou a mãe desherda ao filho com causa

¹⁹⁸ D. Liv. 30. fr. 41: § 2.; Instit. Liv. 2. tit. 20. § 10.

¹⁹⁹ Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 4.

²⁰⁰ Ord. Liv. 4. tit. 82. pr.; Per. Decis. 79.; Pinh. de Testam. Disp. 3. Sect. 4. § 3. n. 77.

²⁰¹ Per. Decis. 79. n. 1, 2.; Pinh. de Testam. Disp. 3. Sect. 4. § 3. n. 78.

²⁰² Ord. Liv. 4. tit. 82. § 1.; Thom. Valasc. Alleg. 61. n. 13.; Oliv. de Mim. Prov. Cap. 2. n. 38.

²⁰³ Ord. Liv. 4. tit. 82, § 3.; Molina de Just. Trat. 2. Disp. 175. n. 11., Guerr. Trat. 2. Liv. 5. Cap. 3. n. 30.

declarada, deve o herdeiro proval-a; e não provando fica o testamento nenhum, menos quanto aos legados (²⁰⁴).

4) Aceitação e renuncia do legado.

§ 34 Como os direitos activos do defunto, por sua morte, se dividem *ipso jure* pelos herdeiros, fallecendo o legatario, ainda antes de ter feito a aceitação e deixando muitos herdeiros, pode um d'elles aceitar a parte que lhe cabe no legado, e cada um dos outros renunciar a sua (²⁰⁵). Mas o mesmo legatario não pode aceitar o legado em uma parte e regeita-lo na outra parte (²⁰⁶), sendo bastante que seja aceito em uma d'ellas para que o fique no todo (²⁰⁷). A prohibição da aceitação do legado em parte da-se não só quando é restricto á uma cousa individua, como tambem quando comprehende muitos objectos reunidos debaixo d'um nome colectivo, assim como um rebanho, uma mobilia e outras semelhantes (²⁰⁸). Contudo se o testador deixa muitos legados distinctos á uma pessoa, pode o legatario aceitar um, e repudiar os outros, contanto que o legado repudiado não seja aquelle que estiver

²⁰⁴ Ord. Liv. 4. tit. 82. § 2.; Molina de Just. Disp. 175. pr.; Pinh. de Testam. Disp. 5. Sect. 3. § 6. n. 251. Por ser nullo *ipso jure* o testamento em que o pae ou a mãe desherda ao filho sem declarar alguma das causas legaes da desherdação; Ord. Liv. 4. tit. 82. §§ 1, 2.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 1. n. 113; Pinh. de Testam. Disp. 5. Sect. 3. § 6. n. 251., não carece o desherdado do remedio da querela do inofficioso para conseguir a reparação da legitima, podendo logo usar da acção de nullidade do testamento; Pinh. de Testam. Disp. 5. Sect. 3. n. 146.; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 11. n. 35. in fine. Declarando, porém, a causa da desherdação, o testamento não é nullo de pleno direito; e em tal caso força é que o filho use da querela do inofficioso: e ao herdeiro instituido incumbe provar a causa da desherdação declarada pelo testador. Se o herdeiro prova que essa causa é verdadeira julga-se o testamento valioso e excluido da herança o herdeiro desherdado; e se não se prova a verdade da causa, julga-se o testamento nullo, devolvendo-se a herança aos herdeiros *ab intestado*. Sendo muitas as causas da desherdação, basta que uma seja provada; Ord. Liv. 4. tit. 82 § 2.; Auth. *Ut. cum de appellatione cognoscitur*. Cap. 3.; Cald. de Inoff, testam. Rubr. n. 33.; Molina de Just. Disp. 175. pr.; outro Molina de Primog. Liv. 1. Cap. 9. n. 15.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 1. n. 121.

²⁰⁵ D. Liv. 30. fr. 38.

²⁰⁶ D. Liv. 30 fr. 38; Liv. 31. fr. 4; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 7. § 16. n. 2.

²⁰⁷ D. Liv. 31. fr. 58.

²⁰⁸ D. Liv. 31. fr. 6.

gravado com algum onus (²⁰⁹); e isto procede ainda que a mesma pessoa seja contemplada com legados diversos na mesma disposição, como quando o testador dispõe assim: *Deixo uma casa, um campo e um cavallo á Pedro*; porque cada uma d'estas cousas considera-se um legado distincto; e então o legatario pode acceitar uma d'ellas e repudiar as outras (²¹⁰). Quanto á renuncia do direito ao legado dependente de condição, ou da chegada do dia certo, é mais conforme a direito que o legatario nao pode efficazmente renuncia-lo (²¹¹); porque renunciar ou repudiar, é abdicar a propriedade e como este direito não se dá ao legatario antes do dia certo ou da condição, segue-se que a renuncia ou o repudio d'elle nestas circumstancias são actos inuteis e incapazes de produzir effeito (²¹²)

5) Extincção do legado pelo perecimento do objecto deixado.

§ 35 Perecendo a coisa ou objecto legado, extingue-se inteiramente a obrigação do herdeiro, assim como o direito correlativo do legatario, e isto procede tanto no caso, em que a coisa perece em vida do testador, como no em que perece depois da sua morte, senão houve dolo, ou culpa da parte do herdeiro (²¹³).

No caso, porém, em que perece alguma, ou algumas das cousas comprehendidas no legado, duvidão os jurisconsultos: Se ainda

²⁰⁹ D. Liv. 31. fr. 5. § 1.

²¹⁰ D. Liv. 31. fr. 2.

²¹¹ D. Liv. 31. fr. 45. § 1.

²¹² D. Liv. 31. fr. 45. § 1.; Liv. 50. tit. 17. fr. 174. § 1.; Cardozo Prax. verb. *legatum* n. 22. Contra a opinião do texto está a de Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 16. e nota, argumentando com a disposição da Lei 1. Cod. de Pactis, segundo a qual a incerteza da condição pode ser determinada, ou reduzida á certeza por transação entre as partes interessadas; d'onde conclue, por identidade de razão, que a mesma incerteza pode ser terminada nos legados pela renuncia. Mas da permissão legal que tem o legatario *ex die* ou *sub conditione* de fazer um pacto com o herdeiro, ou para tornar o legado puro e simples, ou para não lhe ser entregue, não resulta que elle o possa acceitar ou repudiar efficazmente antes que chegue o dia, ou a condição; porque a acceitação ou o repudio muito differe de um contracto qualquer.

²¹³ D. Liv. 30. fr. 26. § 1.

são devidas ao legatário as que restão? A opinião afirmativa é a que parece mais acertada. E com effeito o successo fortuito que occasionou o perecimento d'algumas cousas comprehendidas no legado, não é razão sufficiente para fazer cessar o direito do legatário, quanto ás cousas restantes, nem é admissivel a distincção de serem principaes ou accessorias as cousas que perecerão porque essa distincção é uma das subtilezas dos Romanos, que não tem razão de ser no nosso direito (²¹⁴).

B) Em quanto á modalidade.

1) Condição.

DA CONDIÇÃO POSSIVEL.

§ 36 Condição é um acontecimento incerto e futuro, ou ao menos como tal considerado, do qual se faz depender uma coisa (²¹⁵). A condição ou é possível ou impossível.

Diz-se condição possível aquella que pode ser cumprida, e divide-se em casual, potestativa e mixta (²¹⁶). A casual depende puramente do acaso, assim como: *Se chegar uma embarcação da India* (²¹⁷), a potestativa é aquella, cujo cumprimento depende da vontade e do facto d'aquelle á quem se impõe: *Que Pedro seja meu herdeiro, se fôr á Roma* (²¹⁸); e a mixta depende, em parte, do acaso, e em parte da vontade e do facto da pessoa á quem é imposta, como: *Se fôr á Roma durante o pontificado do Pio IX* (²¹⁹). A condição casual imposta ao legatário não passa ao substituto, a potestativa ou mixta, porém, transmite-se ao

²¹⁴ Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 17. E ainda quando o legado é deixado debaixo d'um nome colectivo, como um rebanho, perecendo a maior parte das ovelhas, tem direito o legatário ás que restarem, posto que seja uma só ovelha; D. Liv. 30. fr. 21.; Liv. 33. tit. 7. fr. 3.; Instit. Liv. 2. tit. 20. § 18.

²¹⁵ D. Liv. 28. tit. 7.; Liv. 35. tit. 1.; Cod. Liv. 6. tit. 46.; Coelho da Rocha § 105.

²¹⁶ Coelho da Rocha § 105.

²¹⁷ D. Liv. 35. tit. 1. fr. 2.

²¹⁸ D. Liv. 35. tit. 1. fr. 2.

²¹⁹ D. Liv. 35. tit. 1. fr. 2.

substituto conjuncto ou áquelle á quem passa o legado, salvo sendo pessoal, de modo que não possa ser preenchida por outra pessoa (²²⁰).

E quanto ao effeito, a condição possível, ou é suspensiva ou resolutiva. Se diz suspensiva, quando do acontecimento deve principiar o effeito do acto, e portanto os direitos e as obrigações, como: *Deixo á Pedro 1:000\$000, se elle tomar o estado de Ecclesiastico*; e resolutiva, quando pelo acontecimento d'um caso previsto resolve-se e aniquila-se o acto que já teve execução, como: *Deixo á Pedro a minha casa, se elle não tornar á casar*.

Todas as condições possíveis são licitas nos testamentos, e disposições da ultima vontade, e se cumprem como fôr a vontade do testador, salvo quanto ás legitimas dos herdeiros necesarios, que não comportão condição alguma (²²¹).

Da condição suspensiva.

§ 37 Sendo o legado deixado debaixo de condição suspensiva, o legatario adquire, logo desde a morte do testador, o direito resolúvel do legado, e se fallece antes de verificar-se a condição, transmite á seus herdeiros (²²²), salvo se estes não podem cumprir a condição potestativa, por ser pessoal (²²³), ou se constar expressamente, ou por conjecturas fundadas nas disposições do testamento, que outra fôra a vontade do testador (²²⁴). Mas o legatario só tem acção para pedir a coisa legada, depois de verificada a condição e antes de ser esta cumprida pertence ao herdeiro a posse e os fructos do legado (²²⁵).

²²⁰ Cod. Liv. 6. tit. 51. frag. un. § 4, 9.; Gomes. Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n 37.

²²¹ D. Liv. 28. tit. 5. fr. 3. § ult.; fr. 73.; Pinh. de Testam. Disp. 3. Sect. 8. n. 135, 143.

²²² Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 13.; Alm. Souz. ao cit. §; Coelho da Rocha § 700.

²²³ Coelho da Rocha § 700.

²²⁴ Valasc Cons. 171. n. 9.

²²⁵ Coelho da Rocha § 700.

Contudo ha condições que não suspendem os legados, nem impedem que sejam devidos desde a morte do testador, como são:

- 1.º) A condição de juramento (²²⁶);
- 2.º) A condição impossível; porque reputa-se cumprida (²²⁷);
- 3.º) A condição cujo cumprimento tem sido embaraçado pelo herdeiro ou por aquelle que o devia cumprir (²²⁸);
- 4.º) A condição subentendida, que não faz condicional o legado (²²⁹);
- 5.º) Quando os legados são deixados debaixo da mesma condição com que o fôra a instituição (²³⁰).

2) Tempo.

§ 38 Na constituição do legado pode o testador declarar o termo, ou suspensivamente como epocha, em que deve verificar-se a execução d'elle (*ex die*) ou resolutivamente como termo em que deve findar-se a vantagem do legatario (*in diem*) (²³¹).

Sendo deixado assim o legado, logo que finda o tempo, cessa *ipso jure* o direito do legatario, passando o dominio á pessoa designada peio testador (²³²).

²²⁶ Dig. Liv. 28. tit. 7. fr. 8. § 8.

²²⁷ Dig. Liv. 36. tit. fr. 5. § 4.

²²⁸ Dig. Liv. 36. tit. 2. fr. 5. § 5.

²²⁹ Dig. Liv. 35. tit. 1. fr. 99; Liv. 36. tit. 2. fr. 5. 21. § 1.

²³⁰ Dig. Liv. 35. tit. 1. fr. 107.; Liv. 36. tit. 2. fr. 21. § 1.

²³¹ Coelho da Rocha § 701.

²³² Cod. Liv. 6. tit. 37. fr. 26.; Gomes ad Leg. 40. Taur. n. 27.; Barb. in Leg. Divortio 8. pr. Part. 2. n. 10.; Cald. in Leg. Si Curat. verb. *sua facilitate* n. 62. vers. *confirmantur Cod. de in integr. restit. minor.*

Os efeitos do termo, quanto á transmissão, são os mesmos que os da condição (²³³). Decorrido o tempo em que deve findar-se a vantagem do legatário, e não havendo substituto nomeado pelo testador, reverte o legado ao herdeiro, e se este já é falecido, passa á seus herdeiros (²³⁴). O mesmo direito corre, quando o testador deixa o legado por tempo incerto, assim como durante a vida ou enquanto viver o legatário, sem lhe dar substituto; porque o legado assim constituído julga-se temporal e finda-se ao tempo da morte do legatário, passando a coisa legada ao herdeiro do mesmo testador, quer seja o herdeiro escripto, quer seja o herdeiro d'esse herdeiro (²³⁵). Mas tendo-lhe dado substituto e falecendo este em vida do legatário gravado, não transmite-se o legado aos herdeiros do mesmo chamado depois da morte do legatário, mas sim aos herdeiros do legatário gravado (²³⁶), salvo sendo substituto o herdeiro do testador; porque n'este caso, posto que o substituto falleça primeiro que o legatário gravado, passa o legado, depois da morte deste, aos herdeiros do herdeiro instituído (²³⁷).

3) Modo.

§ 39 O legado se diz deixado *sub modo* ou com causa final, quando o testador declara um fim que teve em vista (²³⁸). N'este caso,

²³³ Cod. Liv. 6. tit. 37. fr. ult.; Coelho da Rocha § 701.

²³⁴ Bagn. Cap. 16. n. 6. segg.

²³⁵ Bagn. Cap. 16. n. 13., Brunem. Comment. in Cod. Liv. 6. tit. 37. fr. ult.; Alm. Souz. Diss. 8. em Supl. das Acç. Sum. § 37. not. Sendo o legado deixado sob condição suspensiva ou *ex die*, pode o legatário pedir caução ao herdeiro; D. Liv. 36. tit. 3. fr. 1., se o testador não o desonerou d'essa obrigação; D. Liv. 36. tit. 3. fr. 12.; Cod, Liv. 6. tit. 54 fr. 2, 4, ou se o legado é nullo; D. Liv. 36. tit. 3. fr. 14. § 1., assim como o herdeiro ao legatário, se a condição é resolutiva, ou se o legado é deixado *ad diem* ou em forma de fideicomisso; D. Liv. 35. tit. 1. fr. 80.

²³⁶ Cod. Liv. 6. tit. 51. fr. un. § 7. segg.; Bagn Cap. 16. n. 5, 19.

²³⁷ Bag. Cap. 16. n. 24.

²³⁸ Coelho da Rocha § 107. Não se deve confundir a causa e o modo com a condição. A diferença consiste era que a condição faz parte essencial do acto; e por isso a coisa doada, ou legada debaixo de condição, não pode ser exigida senão depois do implemento d'esta; mas o legado ou doação que só contém um modo pode ser exigido desde logo; Coelho da Rocha § 702; Gomes Var. Resol. Cap. 12. n. 70. No caso de duvida, quando as

logo depois da morte do defunto, o legatário tem direito de exigir o cumprimento do legado; mas o herdeiro pode negar-lhe a entrega enquanto não presta caução ou fiança ⁽²³⁹⁾. Recebido o legado, fica sendo propriedade sua, posto que onerada com o encargo ou obrigação de cumprir o modo ⁽²⁴⁰⁾. Portanto, falecendo o legatário antes de satisfazer o encargo passa o legado ao herdeiro com a obrigação de o cumprir.

Se o legado não é causal ou modal, e sim condicional, então não pode o legatário pedi-lo senão depois de realizada a condição ⁽²⁴¹⁾. Mas esta regra limita-se quando o legado é deixado sob condição potestativa negativa, isto é, sob condição que proíbe ao próprio legatário fazer uma coisa, como quando deixa á seu filho um legado por esta forma: Se elle não mudar de Religião ⁽²⁴²⁾. N'este caso, logo depois da morte do testador, pode ser exigido o legado, offerecendo o legatário caução fidejussoria, ou Muciana, em segurança da restituição do objecto recebido, assim que falte a condição ⁽²⁴³⁾.

4) Condição impossível

§ 40 Condição impossível é aquella que não pode ser cumprida. A impossibilidade provem, ou da natureza das causas, ou da lei

palavras do testador podem importar um modo ou uma condição, entende-se que a disposição é condicional e não modal; D. Liv. 35. tit. 1. frag. 109; Gomes Var. Resol. Cap. 12. n. 72.

²³⁹ D. Liv. 35. tit. 1. fr. 80.; Corr. Telles Doutr. das Acç. § 162. Deve o legatário caucionar, quando o legado foi deixado *sub modo* sómente no caso em que o modo interessa á, terceiro; Cod. Liv. 6. tit. 45. fr. 1.; fr. 17. § 4.; Alm. Souz. Acç. Sum. § 227. art. 11. ibi *requerendo-o a pessoa interessada*. Se o modo não interessa á terceiro, o legatário não perde o legado, ainda que o não cumpra; e por isso n'este caso ninguém lhe pode pedir caução; D. Liv. 35. tit. 1. fr. 71.; Voet. ad Pand. Liv. 35. tit. 1. n. 12.

²⁴⁰ Coelho da Rocha § 702.

²⁴¹ Coelho da Rocha § 700

²⁴² D. Liv. 35. tit. 1. fr. 7.; Novella.22. Cap. 23.

²⁴³ D. Liv. 35. tit. 1. fr. 7.; Alm. Souz. Acç. Sum. § 227 citado.; Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 162. not. (2) Mas constituindo o legado em bens de raiz, basta a caução juratoria com hypotheca da coisa; citada Novella Cap.44.

e da moral, ou do facto d'aquelle que está onerado com a condição, assim como: *Se casar, tendo ordens sacras*.

As condições impossiveis produzem efeitos diversos, quando são impostas nas convenções, ou nos testamentos. Sendo impostas nos contractos, e consistindo em não fazer, reputão-se cumpridas, sem que prejudiquem ao acto; mas sendo affirmativas vicião o contracto (²⁴⁴). Nas disposições, porém, da ultima vontade todas as condições impossiveis são tidas por não escriptas; mas não vicião as instituições, legados, ou fideicommissos, os quaes se cumprem, como se não fossem impostas (²⁴⁵).

Tambem se tem por não escriptas as condições inintelligiveis, as inuteis ou irrisorias, torpes ou contrarias ás leis, e as expressões contumeliosas, e bem assim a condição: *Se não casar*, por ser offensiva dos bons costumes, e do interesse publico (²⁴⁶). Mas não se entende impossivel a condição: *Se permanecer no estado de viuvez*, especialmente sendo imposta á viuvo ou viuva com filhos, porque presume-se o fim justo de favorecer á estes (²⁴⁷).

Se o mesmo direito corre acerca da condição difficil, é muito duvidoso entre os jurisconsultos (²⁴⁸).

²⁴⁴ D. Liv. 44. tit. 7. fr. 31.; Liv. 45. tit. 1. fr. 7.; Brunem, ao cit. fr.; Mülhenbruk Pand. Part. Ger. Liv. 2. § 108.; Portug. de Donat. Liv. 1. Proelud. 2. § 1. n. 48, 49.; Pinh. de Testam. Disp. 3. Sect. 8. § 2. n. 169.; Alm. Souz. Not. a Mello Liv. 3. tit. 5. § 33. n. 1.

²⁴⁵ Instit. Liv. 2. tit. 14. § 10.; D. Liv. 28. tit. 7 fr. 1.; Liv. 28. tit. 5. fr. 45. 50. § 1.; Liv. 35. tit. 1. fr. 3.; Molina de Just. Disp. 206. n. 8.; Pinh. de Testam. Disp. 3. Sert. 8. § 2. n. 169.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 5. § 33.

²⁴⁶ Lei de 3. de Agost. 1770. § 10.; Pinh. de Testam Disp. 3. Sect. 8. § 3. n. 181. segg.; Mello Freir. Liv. 3º tit. 5. § 35.; Alm. Souz. Morgados Cap. 9. § 19.; Coelho da Rocha § 699.

²⁴⁷ D. Liv. 35. tit. 1. fr. 22, 72. § 5.; fr. 100; Pinh. de Testam. Disp. 3. Sect. 8. § 3. n. 189.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 5. § 34.; Alm. Souz. Not. á Mello Dissert. 9. §§ 38. 39.

²⁴⁸ Mülhenbruk Pand. Part. Ger. Liv. 2. § 108.

Do legado do credito deixado á terceira pessoa.

§ 41 Sendo o legado constituido em um credito, ou em uma divida activa do testador, o herdeiro satisfaz, entregando os titulos ao legatario (²⁴⁹), o qual fica com direito á cobrança com os juros desde a morte do testador, salvo se pela disposição outra cousa fôr determinada (²⁵⁰). Se a divida estiver perdida, ou extincta, a perda é do legatario, excepto se o testador havia recebido a quantia legada, e ao tempo da sua morte se achou reservada em separado (²⁵¹), ou se a tinha dado de novo á juro (²⁵²).

Se o testador, porém, urgido pela necessidade, demandou o devedor pelo pagamento da divida, ainda que não concluísse o litigio, entende-se revogado o legado (²⁵³).

Do legado da divida ao credor.

§ 42 É inutil o legado da divida pura, sendo deixado pelo testador ao credor da mesma divida porque este, independente do legado, tem direito ao pagamento; mas aproveita ao legatario, sendo maior que a divida (²⁵⁴). E entende-se maior o legado que a divida, não só quando a excede em quantidade, como tambem quando é igual, mas sem garantia, ou quando é condicional, ou se acha protegida por alguma excepção, porque, em qualquer d'estes casos, ha sempre uma vantagem, ficando a divida mais bem garantida, ou desembaraçada da condição (²⁵⁵). Tambem é util o legado da divida illiquida: porque o testador a liquida,

²⁴⁹ D. Liv. 30. fr. 105.; Cod. Liv. 6. tit. 37. fr. 18.

²⁵⁰ Coelho da Rocha § 706.

²⁵¹ D. Liv. 32. fr. 11. § 13.

²⁵² D. Liv. 32. fr. 64.

²⁵³ Voet. ad. Pand. Liv. 3. n. 23.

²⁵⁴ Instit. Liv. 2. tit. 20. § 14.; D. Liv. 23. tit. 3. frag. 29.; Liv. 30. fr. 28.; Gomes Var. Resol. Cap. 12. n. 7.; Olea de Cession. Jur. tit. 4. Quest. 6. n. 11.

²⁵⁵ D. Liv. 30. tit. de Legat. 1. fr. 22, 29.; Liv. 31. de Legat. 2. fr. 66.; Bag. Cap. 17. n. 14.

determinando a quantidade; assim como o de uma coisa ou espécie que o testador deve por um contracto, visto que, pelo legado, transfere o domínio ao legatário (²⁵⁶)

E quando o testador nada devo, o legado é inútil; e a razão é que o legatário não pode exigir o cumprimento, nem como dívida, que não existe, nem como fideicomisso, visto que tal disposição não é espontânea e livre, provindo da vontade errônea do defunto, o que lhe tira todo o efeito (²⁵⁷).

O legado deixado ao credor se compensa na dívida.

§ 43 Se o devedor deixa ao credor um legado de coisa diversa da dívida própria, compensa-se o valor d'esta no valor daquela, entendendo-se que o defunto não quiz dar, ou gratificar, senão pagar ou compensar (²⁵⁸); E isto se observa indistintamente, quer a dívida seja voluntária, que é aquella que resulta do facto, ou contracto do devedor, quer necessária, isto é, proveniente do preceito de lei; porque presume-se sempre no testador o animo de compensar (²⁵⁹).

²⁵⁶ D. Liv. 32. fr. 3. § 2.; Gomes Var. Resol. Cap. 12. n. 7.

²⁵⁷ Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 6.

²⁵⁸ D. Liv. 32. frag. 85.; Strik. Liv. 30. § 34. Pedro Barb. *in Leg. si cum dote* 23 § *si pater* n. 7. D. Solut. matrim. O mesmo se observa acerca do legado deixado ao criado, que, no caso de dívida, se compensa com os salários; Ord. Liv. 4. tit. 31. § 11.; Oliv. de Munere Provis. Cap. 2. n. 37.

²⁵⁹ Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 7. Segundo a opinião commun, quando o legado é de dívida voluntária, não procede a compensação; porque sendo a sua origem a confiança do credor, a qual deve ser gratificada, presume-se que o devedor teve em vista gratificar, e não compensar; mas sendo a dívida necessária, como não ha o que gratificar, presume-se no testador unicamente o animo de pagar; e por isso procede a compensação do legado. Esta distincção labora em um erro. A dívida, posto que voluntária em sua origem, depois de contrahida constitue uma obrigação; e porisso presume-se sempre no testador o animo de compensar. Portanto não devemos nos afastar da opinião de Mello, mormente attendendo-se que tem seu fundamento, como elle mesmo ensina, na Ord. Liv. 4. tit. 31. § 11., não obstante o parecer em contrario de Alm. Souz. Notas ao citado § 7. n. 3.

Do legado dos moveis.

§ 44 Na linguagem juridica a palavra moveis significa todas as cousas que, sem se deteriorarem, podem ser mudadas d'uma para outra situação ou lugar. N'esta significação comprehende o dinheiro, os fructos percebidos e existentes, os titulos das dividas, os vestidos e roupa, a baixela e utensilios da casa, os carros, cavallos &c.

Mas na linguagem commum, e vulgar, tem significação mais restricta, comprehendendo sómente as cousas que servem para ornato das casas, e commodidade dos habitantes, como são as commodas, papleiras, mezas, cadeiras, camas, espelhos, paineis &c. Portanto o legado dos moveis sómente estende-se á estes objectos, e não á quaesquer outros, posto que sejam taes por sua natureza; nem aos que são destinados para o commercio, nem aos livros e outros objectos que servem mais para instrucção, do que para ornato da casa, e commodidade dos habitantes (²⁶⁰).

Contudo, se o testador, dispondo dos bens de raiz, ou immoveis, dá aos moveis outro destino, determinando-os na totalidade, ou de outro modo que induza á crer que sua intenção fóra usar da palavra moveis em sua significação juridica, assim devemos entender a sua disposição (²⁶¹).

Do legado de opção ou de quantidade.

§ 45 No legado em que tem lugar a opção, como quando se deixa uma especie ou cousa, havendo na herança outras muitas do mesmo genero, a escolha pertence ao herdeiro, ou ao legatario, segundo

²⁶⁰ Oliv. de Munere Provis. Cap. 2. n. 40. Quando o testador deixa o seu ouro, ou a sua prata, comprehende se n'esta expressão não só o ouro ou a prata em barra, como tambem a baixela de ouro ou de prata; D. Liv. 30. de legat. 3. fr. 78. § 4.; Liv. 34. tit. 2. fr. 19.; mas não comprehende o dinheiro: D. Liv. 34. tit. 2. fr. 19, 27. § 1.

²⁶¹ Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 10.

fôr a vontade do testador ⁽²⁶²⁾; mas no caso de duvida, pertence ao legatario ⁽²⁶³⁾.

Quando a escolha compete ao herdeiro, deve dar uma que não seja a peor ⁽²⁶⁴⁾; e quando compete ao legatario, pode este escolher a melhor.

Sendo deixada uma especie sem determinação de quantidade, nem de qualidade, deve-se ao legatario todos os objectos d'aquella especie, existentes na herança, salvo se alguns d'elles fôrem pertenças d'uma propriedade, e o testador não declarasse serem comprehendidos ⁽²⁶⁵⁾. Ainda que não haja na herança o objecto legado, deve o herdeiro procurar haver para satisfazer ⁽²⁶⁶⁾. Quando o legado é indeterminado, assim como um dote, entende-se proporcional ao que os paes da pessoa dotada, com a sua fortuna ordinaria, poderião dar ⁽²⁶⁷⁾.

***C) Do legado deixado por falsa causa ou com falsa demonstração;
e do erro do nome do legatario ou da coisa legada.***

§ 46 A causa preterita, e impulsiva, que actua no animo do testador para dispôr dos seus bens á favor de alguém, pode ou não ser declarada no testamento, sem prejuizo das suas disposições; e ainda quando a causa expressada seja falsa, permanece valioso o legado; porque a razão de legar não prende-se necessariamente ao legado ⁽²⁶⁸⁾;

²⁶² D. Liv. 30. fr. 108. § 2.

²⁶³ Instit. Liv. 2. tit. 20. § 22.

²⁶⁴ D. Liv. 30. fr. 110.

²⁶⁵ Pertença é a parte accessoria, dependente de outra, annexa á ella. Veja-se Alm. Souz. Morg. Cap. 13. § 48, 49, 50.

²⁶⁶ D. Liv. 31. fr. 12.

²⁶⁷ Coelho da Rocha § 708.

²⁶⁸ Instit. Liv. 2. tit. 20. § 31.; Dig. Liv. 35. tit. 1. fr. 72. § 6.

salvo provando o herdeiro que se o testador tivesse conhecido a verdade, não teria constituído o legado (²⁶⁹).

Também não vicia o legado a falsa demonstração, contanto que entenda-se claramente a pessoa ou a coisa que o testador quiz indicar (²⁷⁰). O mesmo direito corre acerca do erro do nome do legatário (²⁷¹) ou da coisa legada, se por qualquer outro modo se conhecer com certeza qual é a pessoa a quem e qual a coisa que o testador quiz deixar em legado (²⁷²). No caso contrário, assim o erro, como a falsa demonstração, prejudica ao legado (²⁷³).

Da aquisição e entrega dos legados.

§ 47 O domínio da coisa legada sem condição passa *ipso jure* ao legatário imediatamente depois da morte do testador, mas não a posse sem efectiva apreensão (²⁷⁴); porque o Alvará de nove de novembro de mil sete centos e cinquenta e quatro, transferindo aos herdeiros a posse civil com todos os efeitos da natural, não contemplou aos legatários e fideicomissários particulares (²⁷⁵). Em alguns casos, porém, o domínio da coisa legada não passa ao legatário *ipso jure*, e são:

²⁶⁹ Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 12.: Alm. Souz. ao cit. § n. 1, 2.

²⁷⁰ Instit. Liv. 2. tit. 20. § 30.: Cod. Liv. 6. tit. 28. fr. 3.

²⁷¹ Instit. Liv. 2. tit. 20. § 29.; Cod. Liv. 6. tit. 23. fr. 4.

²⁷² D. Liv. 30. fr. 4.; Liv. 33. tit. 10. fr. 7. § 2. Liv. 34. tit. 5. fr. 3, 4.

²⁷³ Alm. Souz. Not. a Mello Liv. 3. tit. 7. § 12. n. 3. segg.

²⁷⁴ D. Liv. 31. tit. de legat. 2. fr. 80.; Cald. de Renovat. Quest. 10. n. 14.: Bagn. Cap. 17. n. 26. Esta regra é verdadeira, ainda quando o testador tenha em vida feito tradição da coisa legada, declarando ser uma entrega antecipada; porque neste caso permanece o legado em substância como antes, podendo ser revogado á arbitrio do testador; mas sendo entregue sem declaração de ser por causa do legado deixado em testamento, transforma-se em doação pura e perfeita, não podendo mais ser revogada; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 4.

²⁷⁵ Alm. Souz. Fase. Tom. 2. Diss. 8. § 35.; Interd. Poss. § 56, 59. segg. E ainda quando o testador deixa o legado com a condição que, depois de certo tempo, deva passar á outra pessoa, findo o tempo marcado, passa o domínio da coisa legada ao segundo legatário ou fideicomissário independentemente de tradição, só pela vontade do testador; Dig. Liv. 31 de legat. 2. fr. 77. §3.; Valasc. Cons. 194. n. 3, 5.; Portug. de Donat. Liv. 1. Praelud. 2. § 1. n. 143.; Bagn. Cap. 16. n. 1, 2.

1.º) Quando o legado não consiste em certa espécie, senão em quantidade ou em género (²⁷⁶);

2.º) Quando o legado é alternativo, em razão da incerteza da coisa legada (²⁷⁷);

3.º) No legado de opção, antes de feita a escolha (²⁷⁸);

4.º) Quando foi deixado o legado in diem ou debaixo de condição (²⁷⁹);

5.º) Quando a coisa legada não pertence ao testador, mas ao herdeiro ou á outra pessoa (²⁸⁰);

6.º) Quando o testador deixa em legado uma parte quotitativa de bens; porque é incerto o que ha de ser dado em pagamento ao legatário (²⁸¹);

7.º) No legado do usufructo (²⁸²).

Portanto não pode o legatário metter-se na posse do legado por sua própria auctoridade (²⁸³), salvo se o testador expressa ou tacitamente lh'o facultar (²⁸⁴) e em quanto se não verifica se a herança é ou não solvente, ou se entre os legatários deve haver rateio, compete ao

²⁷⁶ D. Liv. 3. de legat. 1. fr. 37.; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 7.; Card. Prax. Jud. verb. legatum n. 10.; Olea Cess. Jur. tit. 4. Quest. 5. n. 6.

²⁷⁷ D. Liv. 3. de legat. 1. fr. 84. § 9.; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 21.; Card. Prax. Jud. verb. legatum n. 10.

²⁷⁸ D. Liv. 33. tit. 5. fr. 20.; Bag. Cap. 17. n. 115.

²⁷⁹ D. Liv. 40. tit. 9. fr. 29.; Carv. de Testam. Cap. Raynald. Part. 3. n. 140.; Bag. Cap. 17. n. 129.; Card. Prax. Jud. verb. legatum n. 10.

²⁸⁰ Pinh. de Emphyt. Part. 2. Disp. 8. Sect. 6. § 5. n. 128, 134, 141.; Bag. Cap. 17. n. 236.; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 14.; Card. Prax. Jud. verb. legatum n. 10.

²⁸¹ D. Liv. 3. de legat. 1. fr. 26. § 2.; Valasc. Partit. Cap. 18. n. 19.; Cons. 110. n. 6.: Gomes in Leg. Taur. 20 n. 2. vers. *In hoc*.

²⁸² D. Liv. 7. tit. 3. frag. 1. § 2.; Bagn. Cap. 17. n. 263.

²⁸³ Cod. Liv. 6. tit. 37. fr. 5.; Card. Prax. Jud. verb. legatum add. n. 69.; Netto Ultim. volunt. Liv. 6. tit. 14. n. 1.

²⁸⁴ Bagn. Cap. 16. n. 1.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 7. § 5.; Trat. dos Interd. § 59.

herdeiro a administração do legado, para que, depois de liquidada, faça entrega ao legatário (²⁸⁵).

Com o legado devem ser restituídos e entregues os fructos da coisa legada desde o momento da morte do testador, o que se entende quando o legatário adquire o domínio desde esta data, como quando consiste em espécie e coisa própria do testador, mas não nos casos em que o legatário não adquire o domínio *ipso jure*, senão depois da tradição; porque em taes casos são devidos os fructos sómente depois da mora (²⁸⁶).

No legado de prestações annuaes, não havendo outra declaração, verifica-se o primeiro vencimento logo depois da morte do testador e os outros no ingresso de cada um dos annos subsequentes. Pelo que segue-se que, fallecendo o legatário no começo do anno transmite-se á seus herdeiros o direito de haver a prestação já vencida, mas não paga, salvo sendo o legado de prestações annuaes vitalicias; porque este equipara-se ao usufructo vitalicio (²⁸⁷).

Revogação e caducidade do legado.

§ 48 Fica revogado o legado:

I) Por mudança expressa da vontade do testador, se o revogou em testamento ou codicillo ou por outro acto solemne (²⁸⁸);

II) Por mudança presumida da sua vontade:

²⁸⁵ Cod. Liv. 6. tit. 37. fr. 5.; D.Liv. 30. de Legat. 1. fr. 86. § 2.; Coelho da Rocha § 710.

²⁸⁶ Alm. Souz. Acç. Sum. § 355.; Netto Ultim. volunt. Liv. 6. tit. 16. n. 27.; Gomes Var, Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 5, 22.

²⁸⁷ D. Liv. 36. tit. 2. frag. 12.; Liv. 33. tit. 1. fr. 8.; Valasc. Partit. Cap. 36. n. 16. O legado deixado para ser entregue em tal anno cumpre-se no fim d'esse anno; mas sendo por causa pia entrega-se no principio d'elle; Oliv. de Munere Provis. Cap. 2. n. 23.; e quando é deixado debaixo de condição suspensiva ou *ex die* os fructos até a condição pertencem ao herdeiro; Coelho da Rocha §§ 700, 710.

²⁸⁸ Instit. Liv. 2. tit. 21. pr.; Gomes Var. Resol Cap. 12. n. 56.

1.º) Se o legado appareceo riscado no testamento por mão do testador (²⁸⁹);

2.º) Se o testador em sua vida deo á outrem a coisa legada (²⁹⁰), ou a alienou (²⁹¹), ou cobrou a divida legada (²⁹²);

3.º) Se a transformou, reduzindo á nova especie (²⁹³),

4.º) Se o testador em vida houver dado ao legatario quantia igual á que lhe tinha legado; porque não se reúnem á mesma pessoa duas causas lucrativas sobre a mesma coisa (²⁹⁴);

5.º) Se entre o testador e o legatario sobreveio inimizade capital (²⁹⁵); mas vigora, se depois se conciliarem (²⁹⁶);

6.º) Se o legatario dolosamente encobrio o testamento em prejuizo do herdeiro (²⁹⁷).

E caduca nos casos seguintes:

1.º) Se a coisa legada pereceo em vida do testador (²⁹⁸);

2.º) Se o legatario adquirio a coisa legada em vida do testador, por titulo lucrativo; mas não por titulo oneroso; porque n'este caso deve-se-lhe a estimação (²⁹⁹);

²⁸⁹ D. Liv. 28. tit. 4. fr. 1.

²⁹⁰ D. Liv. 31. tit. 4. fr. 18.; Gomes Var. Resol. Cap. 12. n. 56.

²⁹¹ D. Liv. 32. fr. 11. § 12.; Corr. Telles Doutr. das Acç. n. 3. ao § 161.; Guerra, ad Ord. Liv. 4. Controv. 2. n. 8.

²⁹² Instit. Liv. 2. tit. 20. § 21.; Corr. Telles Doutr. das Acç. nota 3.^a ao § 161.

²⁹³ D. Liv. 32. fr. 88.

²⁹⁴ Instit. Liv. 2. tit. 20. § 6.; Pereir. Decis. 94.; Corr. Telles citado.

²⁹⁵ D. Liv. 34. tit. 4. fr. 3. § 11.; fr. 4.; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 56.; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 31. n. 83.

²⁹⁶ Ord. Liv. 4. tit. 84. § 4.; Corr. Telles Doutr. das Acç. Nota 3. ao § 161.; Guerra, cit. n. 10.

²⁹⁷ Cod. Liv. 6. tit. 37. fr. 25.; Corr. Telles Doutr. das Acç. § 161. not. (2).

²⁹⁸ D. Liv. 30. fr. 26. § 1.

²⁹⁹ Instit. Liv. 2. tit. 20. § 6.

3.º) Se o legatario morreo primeiro que o testador ⁽³⁰⁰⁾, ou se a coisa legada pereceo sem culpa do herdeiro, não havendo mora na entrega ⁽³⁰¹⁾;

4.º) Se o legatario não cumprio a condição ⁽³⁰²⁾;

5.º) Se o legatario o renunciou ⁽³⁰³⁾.

Do direito de accrescer.

§ 49 Os Romanos admittião o direito de accrescer, assim nas heranças, bem como nos legados. Nas heranças, porque, segundo os principios da jurisprudencia delles, a herança é por sua natureza indivisivel, e ninguém pode morrer em parte testado, e em parte não testado; e nos legados, em razão da vontade presumida do testador.

Mas tendo o direito patrio regeitado aquelles principios como supersticiosos, não admittindo as leis Imperiaes como subsidiarias, senão em quanto conformes á bôa razão ⁽³⁰⁴⁾; Mello Freire excluio da nossa jurisprudencia o direito de accrescer, não só quanto ás heranças, em virtude das referidas leis, como tambem quanto aos legados, porque não se presume ser tal a vontade do testador, nem no caso de duvida, deve ser preferido o herdeiro ao legatario ⁽³⁰⁵⁾.

Quanto ás heranças, concordão os nossos melhores practicos com o autor das Instituições do Direito Civil , mas não quanto aos legados; e a razão é que a regra em que este escriptor se funda para firmar a sua opinião não tem a generalidade que lhe attribue,

³⁰⁰ Cod. Liv. 6. tit. 5. fr. unico § 2.

³⁰¹ Instit. Liv. 2. tit. 20. § 16.; D. Liv. 30. fr. 26. § 1.

³⁰² Corr. Telles Doutr. das Acç. § 162.

³⁰³ Cod. Liv. 6. tit. 51. fr. un. §§ 2, 5.

³⁰⁴ Lei de 18 de Agosto de 1769; e de 9 de Setemb. do mesmo anno.

³⁰⁵ Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 23.

sendo muitas vezes mais favorecido por direito o legatario que o herdeiro (³⁰⁶).

Portanto adoptamos a opinião d'aquelles que sustentão o direito de accrescer nos legados, sómente quando o testador colligou os legatarios, sem lhes nomear successores ou substitutos (³⁰⁷).

³⁰⁶ Liz Teixeira Comment. ás Instit. de Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 23. pag. 475.

³⁰⁷ Quanto ao direito de accrescer nos legados, não ha razão para que se considere geralmente excluido do nosso direito. Porquanto as leis dos Romanos não davão o direito de accrescer indistinctamente em todo o legado, senão nos deixados em favor de muitas pessoas conjunctamente. Distinguia-se tres especies de conjunções: a primeira fazia-se *re et verbis*, isto é, pelo facto e expressamente; a segunda sómente *re*, ou pelo facto; e a terceira consistia unicamente *verbis*, ou nas palavras do testador. Dizia-se a conjunção *re et verbis*, quando por uma só e mesma disposição, o testador legava á muitas pessoas a mesma cousa, dispondo assim: *Deixo á Pedro e á Paulo a minha casa tal*. Por esta disposição ficavão Pedro e Paulo conjunctos e unidos *re et verbis*, e chamados solidariamente ao legado; e se elles ambos acceitavão a disposição, o legado se dividia em partes iguaes. Quando fallecia um d'elles antes do testador, ou incorria em incapacidade, antes de lhe ser deferido o seu direito, ou quando o repudiava, a sua parte accrescia á do outro, á quem ficava pertencendo o legado em sua totalidade. Dava-se a conjunção sómente *re* quando no mesmo testamento o testador legava á muitas pessoas a mesma cousa, mas em disposições separadas, dizendo assim: *Eu deixo á Pedro a minha Chacara; eu deixo á Paulo á minha Chacara*. Por esta disposição o testador unia Pedro e Paulo *re*, ou de facto, posto que separados *verbis* ou nas expressões. E como não era razoavel entender que o testador revogava o primeiro legado pelo segundo, consideravão-se ambos formando um só, que se dividia pelos legatarios nomeados; e quando dava-se falta de vontade, ou impossibilidade d'algum d'elles para acceitar o legado na sua parte, pertencia totalmente ao outro pelo direito de accrescer. Entendia-se emfim haver conjunção sómente *verbis*, quando o testador chamava dous legatarios á mesma cousa; mas declarando expressamente não deixar á cada um senão uma parte determinada, como quando usava da expressão: *Eu deixo á Pedro a minha casa, áquelle em tres partes, e á este em uma*.

Constituido assim o legado, Pedro e Paulo ficão conjunctos e unidos *verbis*; mas desunidos, *re*, visto que realmente elles são legatarios, cada um d'uma cousa diversa da outra. E n'este caso a opinião commum é que não procede o direito de accrescer; porque tendo o testador expressamente dividido o legado, designando á cada um a sua parte, não pode prevalecer a presumpção de ser a vontade do defunto, que a parte de um acresca ou se um á do outro; Alm. Souz. Diss. 8. na Collecç. em Supplem. do Trat. das Acç. Sum.

Portanto parece livre de duvida que é admissivel o direito de accrescer entre nós, quando o testador colligou os legatarios *re et verbis*, ou somente, *re*, sem lhes nomear successores, ou substitutos, mormente attendendo se que este direito parmanece nos Codigos modernos da Europa.

Quanto ás heranças a opinião mais solida é que as nossas leis não reconhecem o direito de accrescer.

TITULO SEGUNDO

Das acções que competem aos herdeiros e legatarios.

INTRODUÇÃO

§ 50 As acções convenientes á fazer valer o direito de successão hereditaria são petitorias ou possessorias. Entre aquellas umas são communs á herança testamentaria e á legitima, e outras são especiaes á successão por testamento (³⁰⁸). São communs as acções —*haereditatis petitio, et actio familiae: erciscundae*, das quaes trataremos no capitulo seguinte.

CAPITULO PRIMEIRO

Das acções que competem aos herdeiros

SECÇÃO PRIMEIRA

Da acção de petição de herança.

NOÇÃO

§ 51 Petição de herança é a acção que compete ao herdeiro, que addio á herança, mas não entrou na posse d'ella, contra o possuidor *pro haerede*, ou sem titulo, para o effeito de ser o autor declarado herdeiro do defunto, e o réo condemnado á entregar-lhe toda ou parte da herança com os seus rendimentos e accessorios (³⁰⁹). Esta acção é universal (³¹⁰), e assemelha-se á de reivindicação (³¹¹).

³⁰⁸ Strick. de Act. Sect. 2. Memb. 3. § 2.

³⁰⁹ Instit. Liv. 2. tit. 9. § 6.; Liv. 4. tit. 6. § 28.; Ord. Liv. 4. tit. 96. § 4.; Valasc. Partit. Cap. 18. n. 42.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 8. § 14 n. 50.; Corr. Telles Doutr. das Acç. § 122.

³¹⁰ D. Liv. 6. tit. 1. fr. 1.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 8. n. 50.; Gomes ad Leg. Taur. 45. n. 153. A acção de petição de herança, como universal, faz sobreestar a acção sobre questões particulares; mas isto se entende, quando a acção particular é movida por algum dos litigantes contra terceiro, e não quando é um terceiro que move questão

Quando o possuidor da herança não nega ao autor a qualidade do herdeiro, é inútil esta acção, podendo logo intentar a de partilhas (*familiae erciscundae*) contra o coherdeiro cabeça de casal (³¹²).

A querela do testamento inofficioso é uma especie de petição de herança; porque deriva do direito hereditario, e por ella simultaneamente pede-se a rescisão do testamento e a entrega da herança. Depois da Novella 115, adoptada pela Ord. Liv. 4 tit. 82. § 1., a querela do inofficioso tem lugar sómente, entre descendentes e ascendentes, no caso de desherdação por causa expressa e sufficiente, mas falsa e entre irmãos, quando um d'elles, preterindo á seu irmão honesto, institue em seu testamento por herdeiro pessoa vil e de mãos costumes. De sorte que a inofficiosidade apenas tem cabimento no testamento que não tem vicio substancial, mas que não é feito rectamente com relação ao merito das pessoas (³¹³).

Rescindido o testamento, vicia-se a instituição, mas permanecem os legados e quaesquer outras disposições da terça (³¹⁴). Se o testamento, porém, não é perfeito, isto é, se lhe falta algumas das solemnidades ou condições para ter validade em direito; ou se o pae preterio ao filho, não sabendo que o tinha vivo ou se ao tempo do testamento não tinha filho, e depois lhe sobreveio, então não tem lugar a querela da inofficiosidade, senão a acção de nullidade, porque não se revoga o que é nullo por direito (³¹⁵).

particular contra uma das partes que litiga no juizo universal, como quando o credor acciona pela sua divida á algum dos pretendentes da herança, ou o legatario o demanda pelo seu legado; Valasc. Cons. 90.; Barb. Part. 3.^a Rubr. n. 49. D. Solut. matrim.

³¹¹ Mello Freir. Liv. 4. tit. 6. § 16. Contudo é particular á acção de petição de herança, que, ainda quando o possuidor tenha alienado de boa fé os bens hereditarios, possuindo o preço, ou fazendo-se mais rico, pode ser demandado como possuidor dos bens alienados; porque nos juizos universaes o preço succede á cousa vendida; D. Liv. 5 tit. 3. fr. 20. § 17.; fr. 22. in fine; Strik. de Act. Sect. 2. Membr. 3. § 5.

³¹² Corr. Telles Doutr. das Acç. § 123. N'esta acção não é obrigado o autor á provar o dominio das cousas que tinha o defunto ao tempo da sua morte: basta que prove que existião na herança d'elle; D. Liv. 5. tit. 3 fr. 19.; Mend. Part. 2. Liv. 4. Cap. 8. § 14. n. 70, 71.

³¹³ Mello Freir. Liv. 3. tit. 5. § 53.; Strik. de Act. Sect. 2. Membr. 3, § 17.

³¹⁴ Ord. Liv. 4. tit. 82. §§ 1, 2.; Mello Freir. cit.

³¹⁵ Ord. Liv. 4. tit. 82. §§ 3, 5.

A querela da doação inofficiosa também é uma espécie de petição de herança; porque a semelhança desta acção, os filhos accionão para rescindir a doação, como uma successão anticipada, e para serem restituídas as cousas doadas com todos os seus rendimentos (³¹⁶).

Dos requisitos desta acção.

§ 52 No libello deve o autor deduzir:

1.º) Que é herdeiro do defunto por testamento ou *ab intestado* e se o é universal ou em alguma parte da herança por si ou por interposta pessoa, posto que seja estranha (³¹⁷);

2.º) Que acceitou a herança (³¹⁸);

3.º) Que o defunto possuía os bens, como seus próprios até a hora da sua morte, ainda que não possa provar o dominio (³¹⁹).

³¹⁶ D. Liv. 5. tit. 2. fr. 17.; Mello Freir. Liv. 4. tit. 6. § 16. Aos filhos, porém, instituídos, mas prejudicados na legitima, não compete acção real, senão a pessoal para obterem o refasimento d'ella; Cod. Liv. 3. tit. 28. fr. 30, 36.; Mello Freir. cit.; Corr. Telles Doutr. das Acç. § 140. a 145.

³¹⁷ D. Liv. 5. tit. 3. fr. 1, 2, 3.; Mend. Part. 2. Liv. 4. Cap. 8. n. 73. Pode se deixar de fazer menção d'aquelles que forão intermediarios na successão; porque aquelle que é herdeiro do herdeiro, também o é do primeiro testador; D. Liv. 28. tit. 6. fr. 46. E não é de rigor que o autor declare que é herdeiro testamentario ou legitimo, basta dizer que é herdeiro; arg. do fr. 14. § 2. tit. 2. Liv. 44. do Dig. Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 8. § 14. n. 52. Contudo muito convem ao autor declarar se vem a juizo como herdeiro testamentario ou como herdeiro legitimo; porque, podendo vir á herança por um ou por outro direito, decahindo da acção por um d'elles, pode voltar de novo á tela judicaria pelo outro, não obstante a coisa julgada; argum. do fr. 62. tit. 1. Liv. 42. do Dig. Strik. de Act. Sect 2. Memb. 3. § 3. O comprador da herança pode também intentar esta acção; D. Liv. 5. tit. 3. fr. 54.

Declarando o autor ser herdeiro testamentario deve juntar ao libello a verba do testamento, ou pedir que o réo o exhiba; Corr. Telles Doutr. das Acç. § 125.

³¹⁸ Este requisito não é substancial, porque por isso mesmo que alguém usa d'esta acção, como herdeiro, mostra que addio, á herança; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 8. § 14. n. 52.

³¹⁹ Gomes ad Leg. Taur. 45. n. 157.; Caminh. de Libel. na Acção Petit. Haered, not. 3. Não é necessario especificar no libello as cousas hereditarias, basta que se allegue, e se prove que os bens pedidos por esta acção erão possuídos pelo defunto ao tempo do seu fallecimento; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 8. n. 53.; D. Liv. 5. tit. 3. fr. 19. Pelo que resulta que é melhor e mais util ao herdeiro demandar a posse e a entrega das cousas hereditarias pela acção de petição de herança do que pela reivindicção; porque, demandando por esta, necessariamente deve provar o dominio. D. Liv. 6. tit. 1. fr. 9, 23.

4.º) Que o réo possui como herdeiro os bens da mesma herança, e os traz indevidamente sem título (³²⁰);

5.º) Concluir pedindo que o juiz o declare herdeiro, e que mande restituir-lhe a herança (³²¹) com todos os seus rendimentos e acessórios.

Das excepções do réo.

§ 53 Intentada a acção de petição de herança, póde o réo por sua parte allegar em sua defesa contra o libello:

1.º) Que o testamento não póde valer em direito, por ser nullo, irrito destituido, ou inofficioso (³²²);

2.º) Que possuo em boa fé os bens por titulo de doação, compra, ou qualquer outro singular (³²³);

3.º) Prescrição de trinta annos (³²⁴).

pr;; Cod. Liv. 3. tit. 32. fr. 28. Instit. Liv. 4. tit. 6. § 4. E a razão é que quando o autor funda-se no titulo e posse do defunto, e o réo defende-se com o titulo e a posse propria, prevalece o direito do réo; Franç. á Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap 8. § 14. n. 266.

³²⁰ D. Liv. 5 tit. 3. fr. 9, 11.; Gomes ad Leg. Taur. 45. n. 166; Franç. a Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 8. n. 257. A razão é que esta acção se dá sómente contra o réo que possui os bens da herança como herdeiro, e não contra o possuidor com titulo; Cod. Liv. 3. tit. 31. fr. 7.; D. Liv. 5. tit. 3. fr. 9.; Gomes ad Leg. Taur. 45. n. 161; Caminh. de Libell. na acção Petit. Haeredit. not. (5).

³²¹ D. Liv. 6. tit. 1. frag. 36. § 1.; Franç. á Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 8. § 14. n. 255.

³²² Mello Freir. Liv. 4. tit. 6. § 16.; Corr. Telles Doutr. das Acç. § 125.

³²³ Cod. Liv. 3. tit. 31. fr. 11.; Franç. á Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 8. n. 264. Mas isto se entende quando o réo possuidor adquiriu o titulo em vida do testador mas não quando foi adquirido depois da sua morte; Mend. Part. 2. Liv. 4. Cap. 8. § 14. n. 72. Portanto se o réo allegar um titulo pelo qual mostre que ainda quando o autor seja herdeiro, o objecto demandado não lhe possa pertencer, em tal caso não pode proceder a petição de herança, senão a reivindicacção, ficando o autor obrigado á prova do dominio; D. Liv. 5. tit. 3. fr. 1, 11.

Posto que o possuidor não seja obrigado a mostrar o titulo da sua posse, Cod. Liv. 3. tit. 31. fr. 11.; porque seria cousa incivil que fosse constrangido á dar armas contra si ao seu contendor, Cod. Liv. 4. tit. 20. fr. 7.; contudo n'esta acção o réo condemnado pode ser interrogado se possui ou não como herdeiro; D. Liv. 11. tit. 1. fr. 2, 3., e bem assim obrigado á declarar o titulo da posse que diz ter; Cod. Liv. 3. tit. 31. fr. 11. E a razão d'esta excepção é que quando o autor não pode accionar simplesmente senão em virtude de alguma qualidade, força è que conste d'essa qualidade antes que tenha ingresso em juizo, para que não fique frustrada a sua acção; Brunem. Com. in Cod. Liv. 3. tit. 31. fr. 11. n. 2. Schneidw. Instit. de Act. § 28. de petit. haeredit. n. 31.; Alm. Souz. Interd. Not ao é 5.: Strik. de Act. Sect. 2. Memb. 3. § 4.

SECÇÃO SEGUNDA***Da acção de partilha (familia erciscundae)*****NOÇÃO**

§ 54 Sendo a comunhão de bens uma das causas mais frequentes das rixas e discordias entre socios herdeiros, provêo a lei de remedio áquelles que querem partir ou dividir a cousa commum, concedendo-lhes as acções *finium regundorum*, *communi dividundo*, e *familiae erciscundae* (³²⁵). Cada uma destas acções tem seu caracteristico que a destingue da outra, não podendo ser exercitada senão no seu caso.

Compete a primeira ao proprietario contra os co-proprietarios de predios limitrofes para que se faça a demarcação dos antigos limites dos predios confinantes, ou se fixem novos marcos, afim de que cada um delles se contenha d'entro d'esses limites (³²⁶); a segunda ao socio contra os outros soeios da cousa commum, movei ou immovel, para pedir a divisão d'ella com os seus rendimentos (³²⁷); e a terceira ao herdeiro contra os outros coherdeiros para pedir a partilha dos bens da herança com todos os seus accessorios e rendimentos, a reparação dos prejuizos e danos, as prestações e os interesses pelo tempo da mora (³²⁸).

³²⁴ Cod. Liv. 3. tit. 31. fr. 7.; Corr. Telles Doutr. das Acç. § 126.

³²⁵ De cada uma d'estas acções trata-se no Dig. Liv. 10. tit. 1, 2, e 3.; Liv. 31. fr. 77. § 20.; Instit. Liv. 4. tit. 6. § 20.; Caminh. de Libell. Annot. 18. n. 1.

³²⁶ D. Liv. 10. tit. 1. fr. 8. § 1.; Instit. Liv. 4. tit. 6. § 20.; Cod. Liv. 3. tit. 39. fr. 3.; Caminh. de Libell. Annot. 20.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. § 3. Para a regularidade da demarcação pode o juiz adjudicar ao autor, ou ao réo uma parte do terreno alheio, fazendo-o pagar ao dono; D. Liv. 10. tit. 1. fr. 2. § 1.; Instit. Liv. 4. tit. 6. § 39.

³²⁷ Cod. Liv. 3. tit. 37.; D. Liv. 10. tit. 3. fr. 1, 2.; Caminh. de Libell. Annot. 19.; Mini Part. 2 Liv. 4. Cap. 3. § 2.

³²⁸ D. Liv. 10 tit. 2. fr. 1.; fr. 22. § 5.; fr. 40.; fr. 44. §§ 2, 3. Liv. 31. fr. 77. § 20.; Caminh. de Libell. Annot. 18.n 11.; Paiva e Pona Cap. 3. n. 56.; Strik. de Act. Sect. 1. Memb. 9. § 20. E' preciso não confundir a acção de partilha da herança (*familiae erciscundae*) com a petição de herança, nem esta com a de reivindicação; cada uma tem a sua cansa, e seu effeito distincto. A causa da acção de reivindicação é o dominio, a d'aquella é o direito hereditario; e d'ahi resulta que na reivindicação o autor deve provar, além do seu o dominio, do defunto; mas na petição de herança, basta que prove o seu direito hereditario por testamento, ou por virtude da lei. Quanto ao effeito tambem diferem, porque na de reivindicação o possuidor de boa fé não restitue os fructos

A partição da herança pede-se pelo direito hereditario, e as prestações pelo quasi contracto (³²⁹). Quando se faz a partição entre herdeiros menores ou que, por qualquer impedimento, são incapazes de administrar seus bens, o juízo em que se trata d'esta acção se diz — *Orphanologico* (³³⁰).

A' quem compete esta acção.

§ 55 Em regra, compete a acção de partilhas á qualquer dos herdeiros que tem direito de succeder nos bens do defunto, por testamento, ou *ab intestado*, quer seja de maior idade, quer seja orphão ou pessoa administrada (³³¹); e esta regra aproveita não só aos que estão na posse dos bens hereditarios, como tambem aquelles que, comquanto tenham direito á herança, todavia não possuem alguma parte dos bens(³³²). Mas com esta differença: Se no ingresso do juízo o possuidor

consuminidos, antes da lites contestação, nem indemnisa os danos resultantes da sua negligencia; Moraes Exec Liv. 6. Cap. 10. n. 18.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 7. n. 73. Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 223. á pag. 69. Na de petição de herança, porém, o possuidor restitue todos os fructos desde a morte do defunto: e indemnisa os danos, ainda por culpa leve; Cabed. P. 1. Deeis. 68. n. 4.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 7. n. 93. E n quanto ao uso practico, intenta-se a petição de herança, quando é duvidoso o direito hereditario, e tem por fim saber-se á quem pertence a herança; mas aquelle que intenta a acção familiae erciscundae, por esse mesmo facto reconhece que o adversario é seu coherdeiro; D. Liv. 10. tit. 2. fr. 37.; e então o officio do juiz limita-se á dividir a herança, e á condemnar os herdeiros no pagamento d'aquellas cousas que, por equidade, são devidas aos outros coherdeiros, em razão da communhão.

Pelo que resulta que a acção de partilhas tem dous fins distinctos: as cousas á partir, e as prestações pessoaes; D. Liv. 10. tit. 2 fr. 22. § 4.; Paiva e Pona Orph. Cap. 3. n. 56.

³²⁹ Boehemer. de Act. Sect. 2 Cap. 3. § 55. Alguns escriptores, fundados no fr. 1. § 1. tit. 40. Liv. 7. do Cod. dizem, com razão, que são pessoaes todas estas acções; porque tem seu fundamento em obrigações, posto que essencialmente distinctas das outras acções pessoaes; porque, por meio d'ellas, cada um dos socios, ou herdeiros trata de haver a parte que tem na causa commun, a semelhança d'aquelle que reivindica. E d'ahi vem dizer-se *mixtam causam obtinere videntur*; Instit. Liv. 4. tit. 6. § 20. Mas a verdade é que ellas são, em sua origem e essencia, acções pessoaes: Vinnius Instit. Liv. 4. tit. 6. § 20. n. 1.; Makeld. Inst. do Dir. Rom. § 204. in fine; Savigny Tom. 5. Cap. 4. pag. 38.

³³⁰ Ord. Liv. 1. tit. 88.; Liv. 4. tit. 96.

³³¹ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 2.

³³² D. Liv. 10. tit. 2. fr. 1. § 1.; fr. 25. § 2. ibi; *Quantum vero ad accipiendum familiae erciscundae iudicium nihil interest, possideat quis haeereditatem, nec ne*; Valasc. Partit. Cap. 2. n. 18. á 22.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 10. n. 157 158.; Françs á Mend.Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 4. segg.

da herança reconhece e confessa, que o autor é também herdeiro, fica por esse facto resolvida a questão prejudicial sobre o direito hereditario, reconhecida a existencia juridica d'uma communhão entre o autor e o réo, e este obrigado á dar partilha dos bens da herança, como se fóra julgado por sentença em juizo contencioso; mas se o não reconhece como herdeiro, essa negação basta para ser repellido do juizo divisorio (³³³), e não póde voltar á elle sem que obtenha em juizo contenciozo sentença passada em julgado, reconhecendo o seu direito hereditario (³³⁴).

Pelo que resulta que, em rigor de direito, não compete esta acção á um dos herdeiros senão quando os possuidores da herança o reconhecem por herdeiro, ou quando negão-lhe essa qualidade, mas elle possui uma parte da herança (³³⁵).

Contra quem se dirige a acção de partilha.

§ 56 Póde ser regularmente intentada esta acção contra todos os possuidores dos bens da herança, ou de uma parte delles, sendo em qualidade de herdeiros, porque da posse dos bens por titulo hereditario, antes de feita a partilha, resulta uma communhão, que é o fundamento e razão de ser da acção *familiae erciscundae* (³³⁶), mas não contra terceiros possuidores por titulos diversos, porque não estando em communhão com os herdeiros, também não estão sujeitos ao juizo das partilhas (³³⁷); e basta que o demandado negue que é coherdeiro, afirmando que os bens que possui não são da herança, mas seus proprios (³³⁸).

³³³ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 11. § 1.; Cam. de Libell. Acção *familiae erciscundae* not. (1).

³³⁴ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 1. § 1. Valasc. Partit. Cap. 2. n. 21.; Ayora Part. 1.^a Cap. 1. n. 4.; Valasc. Partit. Cap. 2. n. 22, 23 Franç. à Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 5. Paiva e Pona Orph. Cap. 1. n. 38 e 39.

³³⁵ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 1.; Valasc. Partit. Cap. 2, n. 22. 23; Franç. á Mend. Part. 1. Liv. 4.C. 3. n. 5.; Paiv. e Pona Orph. Cap. 1. n, 38. 39.

³³⁶ Mello Freir. Liv. 3 tit. 12. 9. 5.

³³⁷ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 1.

³³⁸ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 45.; Peg. ao Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 70.

E se também pode ser intentada contra herdeiros não possuidores, é muito controverso entre os jurisconsultos; mas a opinião commun, e recebida no fóro Portuguez, é que se o herdeiro não fez alienação dos bens hereditarios, nem em todo nem em parte, ainda que não possua corporalmente, considera-se possuidor de direito, e preexistindo na communhão, permanece sujeito á esta acção (³³⁹). No caso contrario, porém, como pela alienação cessa a communhão, extingue-se também a acção de partilhas, quanto aos bens alienados, porque, faltando o juizo de uma parte, falta igualmente da outra (³⁴⁰). E posto que as cousas vendidas ou alienadas pelos herdeiros não estejam sujeitas ao juizo *familiae erciscundae* todavia o preço d'ellas vem á este juizo para ser partido (Nota 621) (³⁴¹).

Portanto pode ser intentada a acção de partilhas da herança:

1.º) Contra o conjuge sobrevivente cabeça de casal (³⁴²), contra qualquer outro herdeiro possuidor dos bens da herança *pro indiviso*, ainda que não seja possuidor, se não fez alienação d'elles (³⁴³) o contra o que alienou para vir á partilha sómente com o preço (Not. 311) (³⁴⁴);

2.º) Contra o herdeiro que administrou os bens da herança, percebendo os rendimentos, ou que causou algum damno ou prejuizo á mesma herança para indemnizar aos outros coherdeiros (³⁴⁵);

3.º) Contra o coherdeiro que recebeu doação inofficiosa para reparar a legitima dos coherdeiros lesados (³⁴⁶);

³³⁹ D. Liv. 10. tit. 3. fr. 30.; tit. 2. fr. 2º § 2; Brunem, ao cit. § 2.

³⁴⁰ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 54 ; tit. 3. fr. 6. § 1, fr. 24 § 1.

³⁴¹ Valasc. Partit. Cap. 2. n. 31.

³⁴² Ord. Liv. 4. tit. 95 pr.

³⁴³ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 1. § 1; tit. 3. fr. 30; Ord. Liv. 4. tit. 96 § 9.; Valasc. Partit. Cap. 2. n. 29.

³⁴⁴ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 54; Valasc. Partit. Cap. 2. n. 31.; Shneidew in ad Inst. Liv. 4. tit. 6. § 20. n. 6.; Guerr. Trat. 2, Liv. 2. Cap. 10. n. 166.; Mello Preir. Liv. 3. tit. 12 §§ 6, 7.

³⁴⁵ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 22. § 5.; fr. 23; Shneidew in ad Inst. Liv. 4. tit. 6, § 20 n. 6.

³⁴⁶ Neste caso o remedio mais efficaç é a querela da doação inofficiosa; D. Liv. 5. tit. 2. fr. 17.; Mello Preir. Liv. 4. tit. 6. § 16.

4.º) Contra os herdeiros fideicommissarios possuidores dos bens. e outros possuidores honorarios (³⁴⁷).

Da modo depropôr a acção.

§ 57 A acção de partilha da herança intenta-se por uma petição, que o autor oferece em juízo, contendo os seguintes requisitos:

I) O nome do autor e do réo (³⁴⁸);

II) A exposição do facto o a declaração do direito que o autor e o réo tem sobre a herança de que se pede a partição, quer seja esse direito proveniente duma disposição testamentaria, ou d'uma successão *ab intestado* em virtude da lei (³⁴⁹);

III) A declaração de que o autor, assim como o réo, são herdeiros, e que se impossarão juntamente pro indiviso nos bens da herança, sem que se tenha feito partilha (³⁵⁰),

IV) O pedido, especificando: 1.º) Que o cabeça de casal seja citado para prestar juramento de inventariante, sob as penas de sonegados e de sequestro (³⁵¹); 2.º) Que todos os coherdeiros sejam também citados para que cada um venha á juízo assistir ao inventario, e sendo descendentes, para conferir, debaixo de juramento, todos os bens da herança, que em si tiverem por doação, ou dote com os rendimentos desde a morte do testador ou defunto inventariado (³⁵²), ou os bens

³⁴⁷ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 24.; Mced. Decis, 10. n. 3. Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 10. n. 165; Valasc. Partit. Cap. 1. n. 1.; Cap. 2. n. 28 á 30.

³⁴⁸ D. Liv. 5. tit. 1. fr. 13.; Guerr. Trat. 5, Proc. Civ. Liv. un. Cap. 20. n. 16. Esta acção por ser summaria dispensa libello articulado.

³⁴⁹ D. Liv. 10 tit, 2, fr. 2.; Ord. Liv. 4. tit. 96. §§ 2, 4.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 5.

³⁵⁰ D. Liv. 10 tit. 2. fr. 2.; Caminha de Libell. na Acç. fam. ercise; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 5.

³⁵¹ Corr. Telles Doutr. das Acç. § 146.

³⁵² Cod. Liv. 3. tit. 36 fr. 13; Ord. Liv. 4 tit. 96. §§ 2, 4.; Corr. Telles Doutr. das Acç. § 146.

adquiridos com esses rendimentos (³⁵³); 3.º) Que uns e outros se louvem em louvados que avaliem os bens com seus rendimentos e bemfeitorias, assim como as perdas n'elles causados, para que tudo seja partido ou indenizado (³⁵⁴); 4.º) Que feita a liquidação da herança se adjudiquem á cada um dos herdeiros tantos bens quantos bastem para o pagamento do quinhão d'elles, segundo o direito hereditario que tiverem (³⁵⁵).

Da defesa e excepções do réo

§ 58 A defesa e excepções do réo devem ser deduzidas em forma summaria, e podem ter por fundamento:

- 1.º) A falta de competencia do juizo (³⁵⁶);
- 2.º) A falta de citação á alguns dos herdeiros (³⁵⁷);
- 3.º) Que o autor não é herdeiro (³⁵⁸);

³⁵³ Ord. Liv. 4. tit. 96. §§ 7, 8.

³⁵⁴ Cod. Liv. 3. tit. 36 fr. 18 § 1.; fr. 19.; D. Liv. 10. tit. 2, fr. 25. § 16; Franç. á Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 7.

³⁵⁵ Valasc. Partit. Cap. 2. n. 8. Posto que o pedido deva ser assim formulado, todavia, como o juiz tem a faculdade de fazer a partilha, *ex aequo et bono*; D. Liv. 10 tit. 2. fr. 22. § 1.; List. tit. 4. tit. 17. § 4.; se a herança constar d'uma cousa indivisivel, ou que não possa soffrer commoda divisão, pode ser adjudicada á um só herdeiro o qual deverá repôr o excesso em dinheiro aos outros herdeiros; e esta é a praxe que ensinão Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 2.; Caminha de Libell. Annotat. 18. n. 5.

³⁵⁶ Ord. L. 3 tit. 21. § 2.; tit. 49. § 2.; tit. 20 § 9.

³⁵⁷ Ord. Liv 3. tit. 75.; Liv. 4. tit. 96. § 2. ibi:.....*não lhes dará partilha d'elles (bens) até vir o absente, ou ser citado.*

³⁵⁸ Valasc. Partit. Cap. 2. n. 21.; Mend. Part. 1. Liv. 4, Cap. 3. n. 5. Se o autor não possui alguns bens da herança, e o réo lhe nega a qualidade de herdeiro, a questão é prejudicial; e então deve primeiro recorrer ao juizo ordinario por acção de petição de herança para ser declarado herdeiro; e com a sentença pode voltar ao juizo de que foi repellido para pedir a partilha; D. Liv. 10. tit. 2. fr. 1. 1.; Valasc. Partit. Cap. 2. n. 21. Mas se o autor possui, ainda que se lhe negue essa qualidade, discute-se incidentemente a questão n'este mesmo juizo; e sendo desattendida procede-se á partilha; D. Liv. 10. tit. 2. fr. 1.; Camin. de Libell. na Acç. fam. ercisc. nota (1). Isto procede quando a negação se faz antes da contestação, aliás não impede o juizo; Valasc. Partit. Cap. 2. n. 25.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 10. n. 160. 163. 164.

Na praxe, porém, não deve o juiz facilmente suspender a partilha só porque os herdeiros negão ao autor a qualidade de herdeiro; porque, as mais das vezes, essas questões se levantão sem fundamento plausivel, e somente com o fim de impedir o juizo

4.º) A prescrição de trinta annos (³⁵⁹);

5.º) Que o autor ainda não conferio os bens que em si tem, e que devem vir á partilha (³⁶⁰);

6.º) Que elle réo possui os bens da herança por titulo singular (³⁶¹);

7.º) Que as partilhas estão feitas e acabadas amigavelmente (³⁶²);

8.º) A existencia de um pacto, ou disposição testamentaria prohibitiva da partilha por certo e determinado tempo (³⁶³).

divisorio. E quando forem suscitadas questões d'esta ordem, o dever do juiz é tomar conhecimento summario da excepção opposta, ouvindo ás partes na forma de direito; e achando ser calumnia, mandar proceder á partilha, deixando a quem tiver, os meios ordinarios; Valasc. Partit. Cap. 2. n. 26. 27.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 70.; Guerr. Trat. 2. Liv.2. Cap. 10. n. 161. 162 Paiv. e Pona Cap. 1. n. 40.

³⁵⁹ Cod. Liv. 7. tit. 40. fr. 1. Não ha quem duvide que a acção *familiae erciscundae* prescreve pelo lapso de trinta annos, cit. frag.; Barb. in Leg. servum n. 3. Cod. fam. ercise.; Pereir. Souz. Lin. Civ. Nota 1021.; Ayora Partition. Part 3. Quest. 30. n. 109. Isto porém se entende quando um dos herdeiros possui em nome proprio toda a herança por trinta annos, e de boa fé, ignorando haverem outros herdeiros, porque é sempre necessaria a boa fé para a prescrição; Cap. ult. de prescript.; Guerr. Quest. For. 94. n. 54. Estando porém o herdeiro na posse dos bens em nome commum, e *pro indiviso*, ainda que por 30, 40, ou mais annos, sabendo que ha outros herdeiros, não corre para esse herdeiro a prescrição, e pode qualquer dos outros pedir-lhe a partilha; Valasc. Partit. Cap. 38. n. 3.; Pereir. Souz. Lin. Civ. Not. 1021; Leitão Finium Regund. Cap. 2. n. 30. E quando algum por muitos annos possui de boa fé uma herança como já partilhada, sendo demandado no juizo familia erciscundae para dar partilha aos seus irmãos, pode defender-se do pedido, não pelo direito, de prescrição, mas pelo direito de divisão, allegando que por dez annos ou mais tempo possui esses bens, como já partilhados, e adjudicados em seu quinhão; porque a posse de boa fé portanto tempo traz á favor do possuidor a presumpção da partilha; Cardoz. Prax. verb. Fratres n. 2.; verb. Divisio n. 14., o que procede ainda que não houvesse escriptura entre elles; Gama Decis. 320. n. 5. Com tudo cessa esta presumpção:

1.º) Quando os bens assim possuidos são de tanto valor, em relação á herança, que não poderão ser adjudicados no quinhão d'esse possuidor em uma partilha feita com igualdade, ou ainda com alguma desigualdade, mas sem grande lesão;

2.º) Quando evidentemente se mostra que não se fizera a partilha da herança, porque toda a presumpção cede á verdade; Valasc Partit. Cap. 38. n. 7, 8.; Gama Decis. 146.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 1. n. 51, 52.

3.º) Quando os herdeiros que pedem a partilha são menores; porque entre menores não ha partilha valida que não seja judicial, a menos que não tenham passado dez annos depois da sua menoridade; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 1. n. 53. ; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 593.

³⁶⁰ Ord. Liv. 4. tit. 97. pr. § 1.; Cod. Civ. 6. tit. 20. fr. 14. Quando o filho já dotado quer ser herdeiro, não pode conseguir a herança sem que confira os bens que tem em si; porque não é liquido se elle tem de haver ou de repôr á herança; Ord., Liv. 4. tit. 96. § 17.; argum. da Ord. Liv. 4. tit. 97. § 1.; Pegas. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9. n. 106.

³⁶¹ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 2. pr. fr. 25. § 7. fr. 45.pr.

³⁶² Ord. Liv. 4. tit. 96. § 18.

Da forma summaria d'esta acção.

§ 59 Feita e accusada a citação, se o réo comparece, e confessa o direito e acção do autor, sugueitando-se á partir com os outros herdeiros a herança que possui em commum, esta confissão basta para se lhe deferir o juramento de inventariante, e proceder-se á descripção dos bens e a partilha da herança.

Mas, se o réu não confessa, nem reconhece o direito e acção do autor, e pede vista da petição inicial, pode offerecer no prazo que lhe fôr assignado, (que deverá ser o de uma audiencia) qualquer das excepções e defesas do § antecedente, as quaes serão recebidas directamente por contestação da acção.

Contestada a acção, sem replica, nem treplica, assigna-se a dilação summaria para a prova; e afinal arrazoão as partes de facto e de direito; e o juiz profere a sua sentença, como achar provado, dando os recursos legaes á quem os tiver.

As excepções e defesas podem consistir em direito ou em facto. Sendo consistentes em direito, deve o juiz decidi-las, posto que a materia seja difficil e ardua; porque o direito é sempre certo, e o juiz não pode, nem deve veixar ás partes com o juizo ordinario sobre negocio que é obrigado á saber ⁽³⁶⁴⁾; e sendo consistente em facto, ouvidas as provas, e feitas ás partes as perguntas convenientes, decidirá a questão, se puder ser decidida no juizo summario, ou remetterá as partes para o juizo ordinario, se depender de alta indagação ⁽³⁶⁵⁾.

³⁶³ E' nullo de pleno direito o pacto entre os herdeiros de conservar perpetuamente a herança *pro indiviso*; D. Liv. 10. tit. 3. fr. 14. § 2.

³⁶⁴ D. Liv. 34. tit. 2. fr. 37.; Peg. For. Cap. 5 n. 27.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 20. n. 19.; Ayora Partit. Part. 1. Cap. 5. n. 5.; Alm. Souz. Acç. Sum. Cap. 2, 3.

³⁶⁵ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 25. § 8.; fr. 45.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 20. n. 19, 20, 21.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021. Este é o processo admittido na praxe, o qual não foi alterado, nem pelo art. 27 da lei de 20 de Setembro de 1871, e art. 65, do Regul. de 22

SECÇÃO TERCEIRA***Da acção para pedir a partilha dos bens sonegados.***

§ 60 O pae ou a mãe ou qualquer outra pessoa que faz inventario, sonegando alguma coisa movel ou de raiz, que o defunto possuía ao tempo de sua morte, pode ser demandado por qualquer dos herdeiros para que seja condemnado á restituir a coisa sonegada com seus rendimentos (³⁶⁶), e havendo orphãos e menores, á perder para elles o seu quinhão e á pagar-lhes o duplo do valôr das cousas sonegadas (³⁶⁷). Esta pena deve ser demandada em vida do cabeça de casal; e fallecendo elle

de Novembro do dito anno, nem por qualquer outra disposição legislativa; e isto mesmo parece que se contem implicitamente na doutrina do Avis. de 6 de Abril de 1872.

³⁶⁶ A acção de sonegados não pode ser intentada contra os herdeiros do occultante, senão participarão da herança, nem quanto á parte penal; Mend. Fart. 2. Liv. 4. Cap. 3. n. 6., Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 9. n. 132. E se algum dos herdeiros, para evitar o escandalo, ou por outras considerações, não quizer usar d'ella contra os outros coherdeiros, tambem pode requerer que venhão á partição os bens, que, por esquecimento ou por ignorancia, não forão descriptos, ou conferidos; e o juiz de seu officio, quer antes, quer depois de feita e acabada a partilha, pode compellir á quem estiver obrigado, á descrever e á conferir os bens que assim forão ommettidos; Cod. Liv. 6. tit. 20. fr. 8.; Valasc. Part. Cap. 8. n. 48.

³⁶⁷ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 9.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 11.; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9.; Ahn. Souz. Not. á Mello ao cit. §., Obrig. *Reciprocas* § 733. A citada Ordenação fallia somente do inventario em que os herdeiros são menores: e como lei penal, não deve estender-se alem do seu caso. Portanto os inventariantes que sonegão bens nos inventarios, que se fazem entre pessoas de maior idade, não estão sujeitos ás penas ahi decretadas; mas somente ás acções tendentes á nova partilha dos bens não descriptos; Per. e Souz. Lin. Civ. Not. 1021.; Alm. Souz. Obrig. Reçipr. § 733. Esta é a interpretação que tem prevalecido na praxe do nosso fôro, não obstante a opinião contraria de Gama Decis. 122.; Valasc. Part. Cap. 8. n. 40. 41, os quaes ensinão: que a disposição do Cod. Liv. 6. tit. 30. fr. 22. § 10. impõe geralmente a pena do duplo ao inventariante que sonega bens no inventario; e que esta disposição deve ser observada, sem embargo da Ord. Liv. 1. tit. 88. § 9.; porque, tratando do caso especial do inventario dos menores, não corrigo o direito commum, que é geral para todos os casos. Este argumento é de grande força, e nós decidiríamos por elle, se a praxe, que é a melhor interprete das leis, não fosse em contrario; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9. n. 3. 4.; Molina de Just. Disp. 218. n. 14. 15.; Egyd. in Leg. 1 Cod. de Sacros. Eccls. Part. ô. § 1. n. 21, 24.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 9. n. 139. Em todo o caso os herdeiros, quer sejam orphãos ou menores, podem limitar-se á pedir somente a partilha dos bens occultados, com os rendimentos desde a morte do defunto; Corr. Telles Dontr. das Acç. § 158. E' d'esta data que contão-se os rendimentos que provem da parte dos bens que directamente pertencião ao autor; mas os rendimentos provinientes dos bens que o réo perde, contão-se da data da sentença; Cabedo Part. 1. Arest. 73.; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9. n. 65. 66.

antes da contestação da lide, não passa aos seus herdeiros (³⁶⁸); e não se impõem ao inventariante, quer seja o pae ou a mãe, ou qualquer outra pessoa sem que os herdeiros demandem e provem por acção ordinaria (³⁶⁹):

1.º) Que as cousas que se dizem sonegadas estavam em poder do inventariante ao tempo da sua morte (³⁷⁰);

2.º) Que o cabeça de casal, sabendo que pertencião á herança, chamou á si e occultou-as do inventario com dolo e malicia (³⁷¹).

Não tem, porém, lugar a pena, quando as cousas sonegadas são de pequeno valor em relação á herança; porque então não se presume o dolo (³⁷²); nem quando houve mero esquecimento e não *dólo* (³⁷³), principalmente se o inventariante, cerrando o inventario, protestou descrever os bens que depois lhes viessem á noticia (§ 120) (³⁷⁴). Pelo

³⁶⁸ Inst. Liv. 4. tit. 12. § 1. D. Liv. 47. tit. 1. fr. 1.; Per Souz. Lin. Civ. Not. 1021; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 732. Postoque não seja preciso que a sentença seja proferida em vida do pai ou da mãe, sempre se deve com elles contestar a causa, por ser uma acção penal; Assent. de 20 de Julho de 1780.

³⁶⁹ A acção ordinaria, e não os embargos ás sentenças de partilhas, é o meio regular de pedir as penas de sonegados; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 45.; Per. Souz. Linh. Civ. Not. 1021, pois que ainda quando a pena esteja imposta pela lei *ipso facto*, sempre se requer sentença declaratoria do facto; Ass. 20. de Julho de 1780.

O libello deve ser offerecido com uma certidão do inventario, por onde conste quaes forão os bens descriptos; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9. n. 108.; Paiv. e Pona Orph. Cap. 7. n. 33.; Per. Souz. Linh. Civ. Not. 1021. Na avaliação da causa para o effeito da appellação, é a pena do duplo que se attende para saber-se se excede a alçada do juiz; Repert. verb. *Inventario feito* Nota (a).

³⁷⁰ Ord. Liv. 1. tit. 88. §§ 4, 6, 7. 9.; Valasc. Part. Cap. 8. n. 46.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 729. A prova dos sonegados se faz por testemunhas de vista, pela confissão do inventariante, pelas declarações do inventariado em testamento, e por qualquer documento que mereça fé; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9. n. 18.

³⁷¹ Valasc. Part. Cap. 8. n. 46.; Cons. 52. n. 17.; Gama Decis. 148.; Ayora Partit. Part. 1. Cap. 2. n. 21. Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 730. E como não se presume o dolo, deve ser provado por aquelle que o allega D. Liv. 22. tit. 3. fr. 18.; Peg. Cap. 5. n. 149. segg.; Egid in Leg. 1. Cod. de Sacr. Eccl. Part. 5. § 1, n. 16.

³⁷² Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 9. n. 33.

³⁷³ Cod. Liv. 2. tit. 21. fr. 6.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 38, 39, 40.; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9. n. 20. 21.

³⁷⁴ Gama Decis. 148, n. 3.

que é boa cautela fazer citar ao inventariante para descrever no inventário os bens de que se lhe mostra relação, sob pena de sonegados (³⁷⁵).

Esta acção prescreve por trinta annos (³⁷⁶); mas isto se entende quanto á pena do duplo e não quanto á obrigação de dar partilha na coisa occultada, em razão da má fé em que se supõem constituido (§ 58) (³⁷⁷).

CAPITULO SEGUNDO

Das acções que competem ao legatario.

§ 61. O legado particular, pio ou profano, pode ser pedido por acções diversas:

1.º) Pela acção de reivindicação para a entrega do legado com todos os seus rendimentos d'esde a morte do testador (³⁷⁸);

2.º) Pela acção pessoal que nasce do quasi contracto da addição da herança (³⁷⁹);

³⁷⁵ Cald, in Leg. Si Curat. verb. *si adversarii dolo* Cod. de Restit. in integram; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9. n 23, 31, 36. e aresto n. 10.

³⁷⁶ Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9. n. 73: in fine; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 732.

³⁷⁷ Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 732.

³⁷⁸ D. Liv. 47. tit. 2. fr. 64.; Instit. Liv. 2. tit. 20. § 2.; Netto ad Ultim. Vol. Liv. 6. tit. 8. n. 2.; Gomes Var. Besol. Tom. 1. Cap. 12. n. 7. 57. Para que proceda a reivindicação é indispensavel: 1.º) Que o herdeiro tenha acceitado a herança; Netto cit. n. 13.; 2.º) Que o legado consista em certa especie; porque, n'este caso, o dominio passa directamente *ipso jure* ao legatario desde a morte do testador; D. Liv. 47. tit. 2. fr. 64.; Netto cit. n. 2.; Gomes Var. Besol. Tom. 1. Cap. 12. n. 7.; Vinnius ad Instit. Liv. 2. tit. 20. § 2. n. 3.; 3.º) Que o autor allegue e prove o dominio do defunto, visto que esse dominio se transmite ao legatario independentemente da posse ou tradição; D. Liv. 47 tit. 2. fr. 64.; Liv. 31. fr. 80.

A acção de reivindicação compete ainda ao segundo legatario, ou fideicommissario a quem o primeiro gravado é obrigado a restituir o legado; Portug. De Donat. Liv. 1. Praelud. 2. § 1. n. 143.; Barb. in. Leg, Divort. 8. in pr. Part. 2. n. 10. vers. sed circa D. Salut. matrim.

3.º) E por uso do fôro, pela acção de assignação de dez dias, que é mais facil e abreviada (³⁸⁰).

Nem uma d'estas acções pode ser denegada ao legatario, nem accumulada com as outras, e todas aproveitão, tanto á este, como ao fideicommissario particular (³⁸¹), podendo ser dirigidas não só contra o herdeiro para a entrega do legado, como também contra o testamenteiro para que o peça e exija do herdeiro, ou receba da herança e pague (³⁸²). A responsabilidade dos herdeiros pelo cumprimento dos legados não é solidaria, senão proporcional á parte que cada um tem na herança, assim

³⁷⁹ Instit. Liv. 2. tit. 20 § 2.; Liv. 3. tit. 28. § 5.; Liv. 39. tit. 6. fr. 31. pr. Boehemer. de Act. Sect. 2. Cap. 3. § 69.; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 7. 57. Tem lugar a acção pessoal, com exclusão da reivindicção:

1.º) Enquanto a herança se acha jacente: e então corre a acção comum curador que a representa, e defende os interesses do herdeiro; Netto ad Ultim. Volunt. Liv. tit. 8. n. 15. Ayllon. Add. ad Gom. Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 10.; D. Liv. 41. tit. 1. fr. 61.; Liv. 46. tit. 1. fr. 22.; Liv. 28. tit 5. fr. 31 § 1.;

2.º) Quando o legado consiste, não em certa especie mas em uma coisa indeterminada, assim como uma casa, um escravo etc; porque antes da escolha, sendo o legado incerto, não passa o dominio ao legatario (§ 47.) D. Liv. 30. fr. 37.; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 7.; Netto ad. Ultim. Volunt. Liv. 6. tit. 8. n. 12.

3.º) Quando o legado é de quantidade; Cod. Liv. 6 tit. 43. fr. 1.; Netto ad Ultim. Volunt. Liv. 6. tit. 8. n. 12; porque o dominio do legado d'esta especie não passa ao legatario antes da tradição (§ 47.); Gomes Var. Resol Tom. 1. Cap. 12. n. 7.

³⁸⁰ Procede a acção de assignação de dez dias, tendo por base o testamento, sem embargo da Ord. Liv. 3 tit. 25. § 10.; porque o herdeiro, addindo a herança ex-testamento, julga se quasi contrahir com os legatarios, obrigando-se ao pagamento dos legados contidos no testamento; Mor. Exec Liv. 1. Cap. 4. § 3. n. 55.; Corr. Telles Doutr. das Acç. f 160. nota (5); Mend. Part. 1. Liv. 3. Cap. 22. § 1. n. 10. E como não existe a mesma razão entre o devedor de uma divida e o legatario, não é licito á este demanda-lo pela mesma acção; Silva á Ord. Liv. 3. tit 25. pr. n. 19.; Alm. Souz. Fascie, tom, 2. Diss. 8. n.38

No direito antigo os legatarios ainda podião usar da acção hypothecaria para haverem o legado, em razão da hypotheca tacita que tinham sobre os bens da herança. Mas depois da lei de 24 de Setembro de 1864 art. 3. § 1. que, em segurança do legado, sómente reconhece a hypotheca legal da mulher casada sobre os bens immoveis do marido, cessou aquelle direito de hypotheca em caso diverso, e por isso também o uso da hypothecaria que competia aos outros legatarios e fideicommissarios particulares.

E posto que, no direito vigente, a mulher casada esteja protegida com a hypotheca legal sobre os bens immoveis do marido para garantia do legado, todavia a sua acção não goza dos favores do artigo 14 da lei de 24 de Setembro de 1864, e artigos 282 seg. do Regul. de 26 de Abril de 1865, por terem sido concedidos exclusivamente aos credores de hypothecas convencionaes.

Quanto a acção *Adpiscendae possessionis*, que alguns dizem também competir ao legatario, é muito duvidoso se ella pode ser procedente; Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 7. § 5.

³⁸¹ Netto ad Ultim. Volunt. Liv. 6. tit. 8. n. 18, 20 Corr. Telles Doutr. das Acç. § 165.

³⁸² Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 12. vers. *Item quaero*.

como o é a que peza sobre elles para o pagamento das dividas e outros encargos da herança, salvo quando o testador expressamente gravou á elles em dar ou pagar o legado (³⁸³).

O legado pio, porém, pode ser tambem pedido *ex-officio judicis* (³⁸⁴).

Das excepções do réo.

§ 62 Pode o réo deduzir em sua defesa:

I) A nullidade do testamento ou do Codicillo (³⁸⁵), ou a nullidade do mesmo legado (§ 33);

II) A revogação e caducidade do legado (§ 48).

III) Falta de caução, se o legatario deve caucionar (§ 39);

IV) Prescrição de trinta annos (³⁸⁶).

³⁸³ D. Liv. 31. tit. de legat. 2. fr. 33.; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 17.

³⁸⁴ Covarruv. de Testament. Cap. Reynald. § 3. n. 28. vers. *Octavus casus in fine*; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 11.; Pinh. de Testam. Disp. 2. Sect. 9. § 5. n. 364.

³⁸⁵ A nullidade deve ser tal que affecte ao mesmo legado; porque quando o pae pretere ao filho, sabendo que o tinha, ou se o desherda sem declarar causa legitima da desherdação e ainda quando a declara, se não se prova, annulla-se a instituição, mas são validos os legados; Ord. Liv. 4. tit. 82. pr. §§ 1, 2.; Ass. 2.º de 20 de Julho de 1870.

A acção intentada pelos herdeiros ab intestado contra os testamentarios não suspende a do legatario para pedir o legado, prestando caução; Dig. Liv. 5. tit. 3. frag. 6.; Cod. Liv. 6. tit. 37. fr. 9.; Strikius Us. mod. Liv. 30. §47.

³⁸⁶ Corr. Telles Doutr. das Acç. §§ 161, 162.

TITULO TERCEIRO

DA JURISDIÇÃO E COMPETENCIA

CAPITULO PRIMEIRO

1) Jurisdição e suas especies.

§ 63 A jurisdição, em geral, é o poder de administrar justiça; e se exerce sobre as pessoas e sobre as cousas (³⁸⁷).

Toda a jurisdição constitutiva do poder judiciario é uma delegação da Nação, e é exercida por juizes e magistrados na forma da Constituição e das leis (³⁸⁸). E porque a Constituição e as leis tem definido a jurisdição, limitando-a, quanto ao territorio em que deve ser exercida e á certos e determinados actos, estabelecendo assim a competencia d'elles, não pode ser invertida nem por aquelles que exercem-na, nem pela vontade das partes; porque á ninguém é licito contrariar o preceito da lei.

Todavia é permittido ás partes renunciarem por contracto o proprio fôro, sugeitando-se á juiz certo e determinado d'outro lugar (³⁸⁹), ou á estarem pelo julgamento d'outrem como arbitro (³⁹⁰). Mas o officio do arbitro, sendo proveniente do compromisso, finda-se com o julgamento; e por isso suas decisões não podem ser executadas senão pelas justiças ordinarias (³⁹¹).

³⁸⁷ D. Liv. 2. tit. 1. Cod. Liv. 3. tit. 13.

³⁸⁸ Constit. art. 12.

³⁸⁹ Mas isto entende-se quando o juiz tenha jurisdição que comprehenda o poder de conhecer da causa faltando-lhe sómente sobre a pessoa; Ord. Liv. 3. tit. 49. § 2.

³⁹⁰ Constit. art. 160.

³⁹¹ D. Liv. 4. tit. 8. fr. 32. § ult.; Cod. Liv. 2. tit. 56. fr. 5. § 2.; Ord. Liv. 3. tit. 16. § 2.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 11. n. 9. No direito Romano as sentenças dos arbitros não podião ser executadas sem que previamente fossem homologadas ou confirmadas pelas partes; Cod. Liv. 2. tit. 56. frag. 1, 5.; Molina de Just. Trat. 5. Disp. 35. n. 11.; Mor. Exec. Liv. 2. Cap. 6. n. 12.; no direito Patrio, porém, as sentenças proferidas em juizo arbitral, passado o decendio para appellar, tem execução aparelhada, assim como as sentenças dos juizes ordinarios; Ord. Liv. 3. tit. 16. § 2.; Mor. Exec. Liv. 2. Cap. 6. n. 12.; Molina de Just. Trat. 5. Disp. 35. n. 5.

A jurisdição se diz administrativa ou voluntaria, quando se exerce sobre objectos em que não ha contestação entre as partes, *quae afficit volentes*; contenciosa quando se exerce sobre negocios em que ha contestação entre as partes *in invictos nolentes*; *superior* a que está estabelecida sobre outra para conhecer das suas decisões, quando injustas; inferior a que tem outra superior para quem se recorra; *propria* a que exerce o Magistrado por virtude do direito que lhe é proprio; *prorogada* a que se exerce fora dos limites da sua competencia, ou por virtude da lei, ou por consentimento das partes (³⁹²).

CAPITULO SEGUNDO

II) DA COMPETENCIA.

A) Noções geraes

§ 64. Competencia é uma limitação da jurisdição, e pode ser relativa ao lugar, ás pessoas, as cousas sobre que se exerce, ou á outros Juizes e Tribunaes. Quando é relativa ás cousas, toma o nome de alçada, e quando á outros juizes e Tribunaes denomina-se *Instancia* (³⁹³).

Sendo a jurisdição limitada sómente acerca de certas cousas, ou negocios, a competencia se diz geral ou commum e quando é creada para conhecer exclusivamente de certas cousas ou negocios, com inibição de conhecer de quaesquer outros, se diz privilegiada. A competencia geral ou commum denomina-se especial, quando por algum facto pode ser exercida sobre as cousas para que se acha limitada (³⁹⁴).

³⁹² Per. e Souz. Lin. Civ. § 18. segg.; D. Liv. 2. tit. 1. fr. 14, 18.; Liv. 5. tit. 1. fr. 1, 2.

³⁹³ Praxe Bras. § 6.

³⁹⁴ Praxe Bras. § 6.

A competencia geral nasce do domicilio (³⁹⁵); a especial é relativa ao contracto (³⁹⁶), ao quasi contracto (³⁹⁷), ao delicto (³⁹⁸) a situação da coisa demandada (³⁹⁹), á conexão dos negocios (⁴⁰⁰), e á prorrogação da jurisdição (⁴⁰¹).

O privilegio ou é creado em razão da pessoa ou da causa (⁴⁰²). A primeira especie desapareceu da nossa legislação por virtude da Constituição; a segunda, porém, permanece por considerações de interesse publico (⁴⁰³).

São causas privilegiadas: 1.º) as Ecclesiasticas em materia espiritual (⁴⁰⁴); 2.º) as Fiscaes (⁴⁰⁵); 3.º) as Maritimas (⁴⁰⁶); 4.º) as de

³⁹⁵ Ord. Liv. 3. tit. 11. pr.

³⁹⁶ Ord. Liv. 3. tit. 11. §§ 1, 3.; tit. 6. § 2.; D. Liv. 5. tit. 1. fr. 19. § 2.; Praxe Bras. § 9.

³⁹⁷ D. Liv. 5. tit. 1. fr. 19. § 2.; Ord. Liv. 3. tit. 11. § 3.; Praxe. Bras. § 10.

³⁹⁸ Cod. Liv. 3. tit. 15. fr. 1. 2.; Ord. Liv. 1. tit. 76. § 1.; Liv. 3. tit. 6. pr. § 4.; Cod. do Proc Crim art. 160 § 3., art. 257.; Brumem. Com. in Cod. Liv. 3. tit. 15. fr. 1. Praxe Bras. § 13.

³⁹⁹ Ord. Liv. 3. tit. 11. § 5. 6.; tit. 45. § 10.; Mend Prax. Part. 1. Liv. 1. Cap. 3. n. 3.

⁴⁰⁰ Cod. Liv. 3. tit. 1. fr. 10.; D. Liv. 11. tit. 2. fr. 1, 2.; Mend. Part. 1. Liv. 3. Cap. 3. § 3. n. 13.; Part. 2 Liv. 3. Cap. 3. § 3. n. 9.

⁴⁰¹ A prorrogação da jurisdição se diz *voluntaria*, quando nasce da vontade das partes, e *necessaria* quando resulta do preceito da lei; e somente tem lugar de *persona ad personam*, se a jurisdição do juiz é *commum*, e não privativa para certas causas; porque esta é sempre improrogavel como é a do juiz dos Orphãos e outros; Valasc Cons. 27. n. 5.; Cabed. Decis. 22. n. 5.; Mend. Part. 1. Liv. 1. Cap. 2. n. 22.; Part. 2. Liv. 1. Cap. 2. n. 1. Per. Decis. 29.; Cald. ad Leg. Si Curat. in pr.n. 20. Portanto começando-se um inventario no foro dos Orphãos, se ao tempo das partilhas já são maiores todos os herdeiros e não ha ainda citação para ellas, cessa a jurisdição do juiz dos Orphãos, remetendo-se os autos ao juiz á quem pertencer; Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 14. n. 158.; Phaeb. Part. 1. Arest. 36.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv, 3. tit. 6. § 11. n. 4. A segunda porém, verifica-se nas reconvenções, e a respeito dos assistentes, oppoentes e dos chamados á autoria; Mello Freir. Liv. 4. tit. 7 § 30.

⁴⁰² O privilegio da causa consiste em haver juizes privativos que della conheção, com exclusão de quaesquer outros; Per. Souz Lin. Civ. Not. 47.; e o da pessoa consiste no direito de escolher juizes, quer seja autor ou réo, e tal era o privilegio que, pela legislação antiga tinham os menores impuberes, viúvas honestas, e pessoas miseraveis, pelo qual podião trazer á côrte os seus contendores fóra do seu domicilio; Ord. Liv. 3. tit. 5. § 3.; Cabed. Decis. 54. n. 6., carest. 7.; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 21. § 6. n. 81.; Oliv. de Mener. Prov. add. Cap. 3. n. 7.

⁴⁰³ Constit. art. 179. § 16.

⁴⁰⁴ Cod. de Proc. Crim. art. 8., 124.

⁴⁰⁵ Ord. Liv. 1. tit. 10.; Liv. 2. tit. 52, 53.; Lei 22. de Dezembro de 1761.; de 29 de Novembro de 1841.

⁴⁰⁶ Decr. de 19 de Janeiro de 1803.; de 21 de Fevereiro de 1824.; de 18 de Setembro de 1827.

Resíduos e Capellas (⁴⁰⁷); 5.º) as derivadas de contractos de locação de serviços (⁴⁰⁸); 6.º) as que nascem dos inventarios e partilhas entre orphãos e pessoas administradas; o bem assim as habilitações dos herdeiros do ausente, e as causas que forem dependencias de todas as referidas neste numero (⁴⁰⁹); 7.º) as commerciaes (⁴¹⁰); 8.º) as não excedentes á 100\$000, não se tractando de bens de raiz (⁴¹¹).

B) Do foro competente para o inventario e partilhas.

§ 65 Fôro é o lugar onde se tratão as causas (⁴¹²), e n'esta accepção é o mesmo que auditorio ou Tribunal de justiça (⁴¹³); tambem significa a jurisdicção d'aquelle que exerce o juizo (⁴¹⁴). Se diz competente o fôro em que o réo pode e deve ser demandado.

Em regra, a acção de partilhas deve ser intentada no fôro do domicilio dos herdeiros, sem que se attenda o domicilio do defunto (⁴¹⁵). Por quanto, posto que o domicilio do defunto passe ao herdeiro para o effeito de determinar o fôro (⁴¹⁶), isto se entende sómente quando se demanda pelas acções que competião ao defunto ou contra elle, e acerca

⁴⁰⁷ Ord. Liv. 1. tit. 62.; Lei de 3 de Dezembro de 1841. art. 14. n. 2.; Reg. de 15 de Março de 1842. art. 2. n. 2.

⁴⁰⁸ Lei de 11 de Outubro de 1827; Reg. de 15 de Março de 1842. art. 1. n. 4.

⁴⁰⁹ Disp. Prov. art. 20. Reg de 15 de Março de 1842. art. 4. n. 10.

⁴¹⁰ Reg. Com. de 25 de Novembro de 1850. Part. 1. tit. 1. Cap. 2, 3, 4.; Decr. de 1º de Maio de 1855.

⁴¹¹ Lei de 15 de Outubro de 1827.; Reg. de 16 de Março de 1842 art. 1. n. 2.; Decr. de 30 de Novembro de 1852.

⁴¹² Per. Souz, Lin. Civ. § 4.

⁴¹³ Pichler jur. Canon. Liv. 2. tit. 2. § 1. n. 2.

⁴¹⁴ Pichler. cit.

⁴¹⁵ Cod, Liv. 3. tit. 13. fr. 2.; tit. 19. fr. 3.; Ord. Liv. 3. tit. 11. pr. Brunem, ao cit. fr. 2. do Cod. n. 3. segg-; Oliv. de Muner. Prov. Cap. 1. § 3. n. 9, 10.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 4. n. 3.; Mend. Part. 2. Liv. 1. Cap. 2. n. 130. Aquelles que pensão que a acção *familiae erciscundae* é mista de real e pessoal, deduzem consequentemente que, em quanto pessoal pode e deve ser intentada no fôro de domicilio dos herdeiros, e em quanto real, no fôro da situação dos bens; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 4. n. 5, 6. Sendo, porém, a opinião mais autorizada que esta acção é meramente pessoal, cessa a razão de ser do fôro da situação dos bens.

⁴¹⁶ D. Liv. 5. tit. 1. fr. 19.; Ord. Liv. 3. tit. 11. § 2.; Pedr. Barb. ad Leg. *Haeres absens* 19 D. de Jud. pr. n. 1, 20.

da herança jacente; e não quando se tracta da herança já addida, para cuja divisão e partilha cada um dos herdeiros tem acção contra os outros coherdeiros (⁴¹⁷); e a razão é que, pela addição não se pode mais dizer propriamente herança do defunto, senão o patrimonio do herdeiro, á cujo dominio passa (⁴¹⁸).

A regra geral, porém, limita-se quando ha juiz privativo para o inventario e partilha; porque esse juiz é sempre o competente, sob pena de nullidade, quer seja o do domicilio do defunto ou o dos herdeiros ou o da situação dos bens, segundo estiver determinado por lei (⁴¹⁹). E são juizes privativos:

1.º) O juiz dos Orphãos do domicilio dos herdeiros para o inventario e partilhas das heranças pertencentes á herdeiros orphãos e menores ou interdictos (⁴²⁰); e o do fôro do domicilio do defunto ou do ausente para os inventarios dos bens de defuntos e ausentes (⁴²¹);.

2.º) Os juizes dos Feitos da Fazenda para o inventario e partilhas que tiverem de ser feitos entre a Fazenda publica como herdeira, e quaesquer outros coherdeiros, conjuges ou consanguineos (⁴²²); assim

⁴¹⁷ D. Liv. 41. tit. 1. fr. 34.; Liv. 43. tit. 24. fr. 13. § 5. in fine; Liv. 31 tit. 2. fr. 55. § 1. ; Instit. Liv. 2. tit. 14. § 1.; Barb. ad Leg. Haeres absens 19. pr. D. de Jud. n. 1, 181, 209.; Oliv. de Mun. Prov. Cap. I. § 3. n. 10.

⁴¹⁸ Barb. ad Leg. Haeres absens 19. pr. D. de Jud. n. 179; Pinh. de Testam. Disp. Un. Sect. 3. § 10. n. 320; Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 14. n. 27.

⁴¹⁹ Brunem. Comment. in Cod. Liv. 3. tit. 13. fr. 2. n. 5. Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 4. n. 25.

⁴²⁰ Ord. Liv. 1. tit. 88. §§ 4, 22, 24, 25, 26.; Liv. 4. tit. 103. vers. E os *bens*. Pelo que resulta que inadvertidamente pensão os juizes dos Orphãos que, para conhecerem dos inventarios e partilhas, fundão a sua jurisdicção no domicilio dos defuntos, quando é certo que ella foi estabelecida sobre as pessoas dos menores; Oliv. de Mun. Prov. Cap. 1. § 3. n. 10.; Trigo de Lour. Instit. de Dir. Civ. Liv. 2. tit. 5. § 328. not. (135).

Procede esta regra ainda que todos os bens ou a maior parte d'elles estejam em lugares de jurisdicções diversas; porque, em tal caso, feito o inventario dos bens que estiverem no Termo; expede-se precatoria ao juiz do lugar em que estiverem os outros bens para serem inventariados, e se lhe dar ahi um curador, devolvendo-se depois a precatoria com as avaliações ao juiz deprecante; Ord. Liv. 1. tit 88. § 24.; Mend. Part. 2. Liv. 1, Cap. 2. n. 130; Per. de Carv. Lin. Orph. § 70.

⁴²¹ Ord. Liv. 1. tit. 90.; Reg. n. 160 de 9 de Maio de 1842 art. 11, 12.; Reg. de 15 de Junho de 1859, art 29. segg.

⁴²² Lei de 29 de Novembro de 1841; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 4. n. 26.; Menez. Juiz Divis. Cap. 2. § 4. not. 1.

como para aquelles a que se não tenha dado começo dentro de trinta dias por outro juizo, sendo a Fazenda Nacional interessada por taxa de heranças e legados (⁴²³);

3.º) O juiz Provedor dos Resíduos e Capellas do fôro da situação dos bens para os inventarios dos bens vagos e do evento (⁴²⁴); e do domicilio dos herdeiros para os inventarios e partilhas dos bens de defuntos que deixarem testamento, sem herdeiros orphãos e menores ou interdictos (⁴²⁵);

4.º) O juiz do Commercio do domicilio para a divisão dos bens do commerciante fallido (⁴²⁶).

C) Do fôro em que deve ser demandado e cumprido o legado ou fideicommisso.

§ 66 Em regra, deve ser pedido o legado ou o fideicommisso no lugar em que existe a maior parte dos bens da herança (⁴²⁷), salvo mostrando-se que outra fora a vontade do testador (⁴²⁸).

O fôro do lugar em que existe a maior parte dos bens da herança, sugeita o herdeiro á cumprir ahi o legado sem que possa declinar

⁴²³ Decr. n. 156. de 28 de Abril de 1842 art. 8.

⁴²⁴ Ord. Liv. 1. tit. 62. § 38.; Liv. 2. tit. 26. §§ 17, 20.; Lei de 3 de Dezembro de 1841 art. 114. § 2.; Reg. de 9 de Maio de 1842 §§ 21, 37,44, segg.; Reg. de 15 de Junho de 1859. art. 85. segg.

⁴²⁵ Reg. de 22 de Novembro de 1871 art. 83. Este Regulamento fixou a competencia dos juizes da Provedoria para os inventarios dos bens de defuntos que deixarão testamentos, sem herdeiros orphãos ou interdictos, o que já era tolerado pelo Decr. de 13 de Maio de 1844. que vem com o Avis. de 27 de Abril de 1849, e pelo art. 7. do Reg. de 27 de Abril de 1842.

⁴²⁶ Cod. Com. art. 911; Reg. n. 737. de 25 de Novembro de 1850 art. 594. § 1. e art. 679.

⁴²⁷ D. Liv. 5, tit. 1. fr. 50. pr.; Cod. Liv. 3. tit. 17. fr. un. Barb ad Legem. 19 pr. D. de Jud. n. 34. segg. Netto ad Ultim. Volunt. Liv. 6. tit. 14. n. 6.; Savigny Dir. Rom. Vol. 8. pag. 229.

⁴²⁸ D. Liv. 5. tit 1. fr. 50. pr. in fine; Netto cit. n. 14.

para outro foro; e porisso, em relação á elle, se diz *necessario* (⁴²⁹); mas em relação ao legatario é *voluntario*, visto que tem o alvitre de pedir o legado ou o fideicommisso (⁴³⁰):

1.º) No fôro do domicilio do herdeiro (⁴³¹);

2.º) No fôro *rei sitae*, sendo por acção real, se o herdeiro fôr ahi achado (⁴³²);

3.º) No fôro do contracto, isto é, no lugar em que o herdeiro se tiver obrigado á pagar ou cumprir (⁴³³);

4.º) No lugar em que o herdeiro livremente deo começo ao cumprimento do legado ou fideicommisso, quanto á parte ainda não cumprida (⁴³⁴).

E quanto ao lugar em que o legado ou fideicommisso deve ser pago ou entregue, a regra é que attende-se á vontade do testador (⁴³⁵), e em falta de declaração expressa ou tacita distingue-se: Quando o legado ou o fideicommisso consiste em genero ou essa quantidade, deve ser pago no lugar do domicilio do herdeiro ou ande estiver a maior parte dos bens da herança, (⁴³⁶); mas sendo de especie deve ser entregue, ou no lugar em que a coisa existe (⁴³⁷), ou no em que existe a maior parte dos bens. E assim a escolha do lugar da entrega do legado ou do fideicommisso pertence ao herdeiro (⁴³⁸).

⁴²⁹ D. Liv. 5. tit. 1. fr. 5. § 2.; Brunem, ao cit. fr. n. 2.: Netto cit. n. 15.

⁴³⁰ Netto ad Ultim. Volunt. Liv. 6. tit. 14. n. 15.

⁴³¹ D. Liv. 5. tit. 1. fr. 50. § 2.

⁴³² D. Liv. 5. tit. 1. fr. 52. § 4.; Brunem. Com. in Pand. Liv. 5. tit. 1. fr. 52. n. 2. e ao fr. 38. n. 4.; Netto cit. n. 10.

⁴³³ D. Liv. 5. tit. 1. fr. 51.; Brunem, ao fr. 50. n. 4.; Netto cit. n. 12.

⁴³⁴ D. Liv. 5. tit. 1. fr. 50. § 2.; Brunem, ao cit. fr. n. 4. Netto cit. n. 11.

⁴³⁵ D. Liv. 30. tit. de Legat. 1. fr. 47.; Netto cit. n. 16.; Card. Praxe verb. legatum n. 40.

⁴³⁶ Brunem. ao cit. fr. 38. n. 2.; Netto cit. N. 17.; Barb. ad. Leg. 19. pr. d. de Jud. n. 64.

⁴³⁷ D. Liv. 5. tit. 1. fr. 38. § 1.; Brunem. ao fr. 50. n. 5.; Barb. cit. n. 61.; Netto cit. n. 18.

⁴³⁸ Brunem. Com. In Pand. Liv. 5. tir. 1. fr. 50 n. 2.

TITULO QUARTO

DO JUIZO ORPHANALOGICO.

A) Noção do juizo Orphanalogico.

§ 67 Juizo Orphanalogico é a legitima discussão e decisão da causa feita pelo juiz d' Orphãos (⁴³⁹).

Causa, lide e instancia o que sejam.

§ 68 Causa é o direito deduzido em juizo; e n'este sentido é o mesmo que demanda (⁴⁴⁰). Differe a causa da lide em que esta é a mesma contenda ou acção litigiosa (⁴⁴¹), destingue-se da instancia era ser esta o tempo d'entro do qual se tracta e termina a causa com a decisão final (⁴⁴²). Tambem a palavra *instancia* significa em direito o gráo do jurisdição (⁴⁴³).

B) Das pessoas que compoêm o juizo orphanalogico.

§ 69 Tres são as pessoas principaes que intervem no processo para formar-se o juizo; o autor que pede, o réo que se defende, e o juiz que julga (⁴⁴⁴). Além d'estas pessoas concorrem outras secundarias que são: O Escrivão, os advogados, os procuradores, os defensores, os escusadores, assistentes e oppoentes (⁴⁴⁵). E nos inventarios e partilhas, e outras dependencias, em que são interessados alguns orphãos, ou

⁴³⁹ Mello Freir. Liv. 4 tit. 7. § 1.

⁴⁴⁰ Maranta Specul. Part. 5. n. 66; Franç. á Mend. Part. 2. Liv. 1. Cap. 1. n. 11.; Portug. de Donat. Liv. 2. Cap. 26. n. 3.

⁴⁴¹ Pickler Liv. 2. tit. 1. n. 2.

⁴⁴² Per. Souz. Lin. Civ. § 103.

⁴⁴³ Ord. Liv. 3. tit. 95. § 8.; Constit. art. 158.; Pract. Civ. e Com. Part. 1. tit. 2. Cap. 1. § 3.

⁴⁴⁴ Ord. Liv. 3. tit. 20. pr.; Maranta Specul. Part. 1, n. 1.

⁴⁴⁵ Per. Souz. Lin. Civ. § 6.

peessoas administradas, ainda concorre principalmente o Curador Geral ou á lide, e o tutor ou curador ás pessoas (⁴⁴⁶).

CAPITULO PRIMEIRO

DOS JUIZES DOS ORPHÃOS.

§ 70 Juiz dos Orphãos é o Magistrado competente ou homem bom, constituido pela autoridade legitima para cuidar das pessoas, e fiscalisar os bens dos orphãos e outras pessoas á elles equiparados (⁴⁴⁷).

Nas Comarcas geraes os juizes dos Orphãos são nomeados pelo Imperador por quatro annos d'entre os Bachareis formados em Direito, habilitados para serem juizes Municipaes. Estes juizes podem ser reconduzidos ou nomeados por outro tanto tempo (⁴⁴⁸), e em seus impedimentos ou faltas, são substituidos por supplentes nomeados pelo Governo na Côrte e pelos Presidentes nas Provincias (⁴⁴⁹). Nas Comarcas especiaes, porém, a jurisdição Orphanologica é exercida pelos juizes de Direito, e auxiliados pelos seus substitutos, na forma das leis e Regulamentos do Governo (⁴⁵⁰).

⁴⁴⁶ Ord. Liv. 3. tit. 41. § 9. Nas causas em que são interessados orphãos e menores, ou quaesquer outras pessoas a elles equiparadas, não basta, que falle no feito o Curador geral dos Orphãos, ou um curador á lide, ainda é de necessidade que se lhes dê um curador á pessoa, o qual é sempre nomeado pelo juiz dos Orphãos; Ord. Liv. 3. tit. 41. § 8.

⁴⁴⁷ Ord. Liv. 1. tit. 88.; Alv. de 24 de Outubro de 1814.; Mello Freir. Liv. 4. tit. 7. § 20. O officio de juiz adquire-se pelo titulo da nomeação e se exerce depois de prestado o juramento de bem servir. A necessidade do juramento mostra-se com a Ord. Liv. 1. tit. 35. § 1.; tit. 67. § 15.; Costa Estyl. da Casa da Supl. Annot. 3. n. 5.; Mend. Part. 2. Liv. 1. Cap. 2. n. 39.

⁴⁴⁸ Lei de 3 de Dezembro de 1841, art. 13, 14, 117. Os cargos de juiz Municipal e Orphãos devem andar unidos a mesma pessoa; mas nos Termos muito populosos podem estar separados e ser providos em pessoas diversas, nos casos e pela forma que dispõe a lei; Lei de 3 de Dezembro de 1841. art, 18.: Reg. 31 de Janeiro de 1842. art. 473. 475 á 480.

⁴⁴⁹ Lei cit. art. 19.; Reg. cit. art. 54. Lei de 20 de Setembro de 1871 art. 1. § 3. Avis. 20 de Setembro de 1843.; 26 de Outubro do mesmo anno.

⁴⁵⁰ Lei de 20 de Setembro de 1871 art. 1. e 29. § 3.; Reg. de 22 de Novembro de 1871. art. 2. 68.; Decr. 7 de Novembro de 1873;

Da jurisdição e atribuições privativas dos Juizes dos orphãos.

§ 71 Nem um cargo da Magistratura tem maior importancia que o de juiz dos Orphãos, em razão das suas attribuições.

Os orphãos e as pessoas que por seu estado são incapazes de reger a sua pessoa e de administrar seus bens, merecerão sempre a atenção do legislador, rodeando-lhes de favores, as mais das vezes exorbitantes do direito commum, e dando-lhes juizes privativos, e outros funcionarios autorizados, como são os tutores e os curadores para cuidarem das suas pessoas, de zelarem de seus bens e fazenda ⁽⁴⁵¹⁾.

No exercicio das suas funcções e attribuições privativas, compete aos juizes de Orphãos, quanto á jurisdição contenciosa, o processo e o julgamento das causas que nascem dos inventarios, partilhas, contas de tutores, habilitações de herdeiros do ausente, e dependencias d'essas mesmas causas; e quanto á jurisdição administrativa, os processos de inventarios, partilhas em que fôrem interessados alguns orphãos e menores, ou outras pessoas que gozão dos mesmos favores; e bem assim os de tutelas, curadorias, e contas de tutores e curadores ⁽⁴⁵²⁾.

Tambem compete aos juizes dos Orphãos:

1.º) Arrecadar e administrar os bens dos ausentes na forma das leis ⁽⁴⁵³⁾, e administrar os bens pertencentes aos indios ⁽⁴⁵⁴⁾;

⁴⁵¹ Guerr. Trat. 1. Rubr. Part. 3. n. 16.

⁴⁵² Lei de 22 de Setembro de 1828. art. 2. § 5.; Lei de 3 de Novembro de 1830. Disp. Prov. art. 20.; Lei de 20 de Setembro de 1871, art. 23. §§ 1, 2., art. 24. § 1.; Reg. de 15 de Março de 1842 art. 4, 5.; Reg. de 22 Novembro de 1871 art. 71.; Av. de 15 de Outubro de 1872; Reg. de 22 de Novembro de 1873. art. 4, 5.

⁴⁵³ Decr. de 9 de Maio de 1842; Av. 18 de Outubro de 1833; de 18 de Agosto de 1834.; de 27 de Fevereiro de 1834.; Lei de 3 de Novembro de 1830; Reg. de 15 de Março de 1842. art. 4, n. 11.

⁴⁵⁴ Decr. de 3 de Janeiro de 1833; Reg. de 15 de Março de 1842 art. 5. n. 12. Na attribuição de administrar os bens pertencentes aos indios comprehende-se a de aviventar os rumos e preencher os titulos dos arrendamentos de terrenos á elles pertencentes, quando estas deligencias se puderem desempenhar administrativamente;

2.º) Dar tutores e curadores aos orphãos e menores, e pessoas administradas, quer sejam ricos ou pobres, em todos os casos marcados nas leis; e confirmar as nomeações dos tutores e curadores, feitas pelos ascendentes paternos naturaes, e pelos maternos, tanto legitimos, como naturaes (⁴⁵⁵);

3.º) Supprir o consentimento do pae, ou tutor para o casamento (⁴⁵⁶);

4.º) Mandar passar Cartas de emancipação (⁴⁵⁷);

5.º) Conceder supprimento de idade (⁴⁵⁸);

6.º) Conceder licença ás mulheres menores para venderem os seus bens de raiz, consentindo os maridos (⁴⁵⁹);

7.º) Mandar fazer a entrega dos bens de ausentes á seus parentes mais chegados (⁴⁶⁰); assim como dos bens dos orphaos á sua mãe, ou avós, tios, &c. (⁴⁶¹);

mas no caso de haver contestação deve ser o negocio remetido aos meios ordinarios; Av. de 13 de Agosto de 1834.

⁴⁵⁵ Ord. Liv. 4. tit. 102. § 1, 2.; Lei de 22 de Setembro de 1828. art. 2. § 4.; Reg. de 15 de Março de 1842. art. 5. n. 4. E devem ter muito cuidado em fazer recahir as nomeações de tutores e curadores em pessoas de reconhecida probidade e deligencia para que desempenhem o cargo por bem dos orphãos e não por utilidade propria. Estas nomeações devem ser feitas como manda a Ord. Liv. 4. tit. 102 pr. dentro de um mez do dia, em que os menores ficarem sem pae e ao principiar o respectivo inventario; porque os tutores e os curadores representam aos orphãos no juizo de partilha.

⁴⁵⁶ Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2. § 4.; Reg. de 15 de Março de 1842. art. 15. n. 5.

⁴⁵⁷ Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2. § 4. Reg. de 15 de Março de 1842. art. 5. n. 1.; Avis. de 15 de Fevereiro de 1838.

⁴⁵⁸ Lei de 22 de Setembro de 1828. Art. 2. § 4.; Reg. de 15 de Março de 1842 art. 5. n. 2.

⁴⁵⁹ Lei de 22 de Setembro de 1828. art. 2. § 4.; Reg. de 15 de Março de 1842 art. 5. n. 3.

⁴⁶⁰ Regul, de 15 de Junho de 1859. art. 47.; Lei de 22 de Setembro de 1828 art. 2. § 4.

⁴⁶¹ Lei de 22 de Setembro de 1828 art. 2. § 4.; Reg. de 15 de Março de 1842 art. 5. n. 6.; Reg. de 15 de Junho de 1859.

8.º) Conceder a dispensa para os tutores obrigarem seus proprios bens á fiança das tutelas para que forão nomeados, ainda que os bens estejam fóra do districto onde contrahirem a obrigação (⁴⁶²);

9.º) Mandar entregar os bens dos orphãos á seu marido, quando casarem sem licença dos mesmos juizes (⁴⁶³);

10.º) Conceder licença ao Escrivão do seu juizo para ter um escrevente juramentado (⁴⁶⁴);

11.º) Nomear Thesoureiro para o cofre dos orpnãos (⁴⁶⁵), e officiaes para o seu juizo (⁴⁶⁶);

12.º) Applicar aos indios as providencias da Ordenação do Livro primeiro titulo oitenta e oito (⁴⁶⁷);

13.º) Julgar as justificações da dividas activas ou passivas dos casaes, cujos inventarios fizerem, quando ellas, por insignificantes ou incontestavel clareza, dispensarem discussão contenciosa (⁴⁶⁸);

14.º) Tomar contas aos tutores e aos curadores nos prazos legaes, e sempre que convenha á bem dos pupillos, removendo aos que mal desempenharem as suas obrigações (⁴⁶⁹);

⁴⁶² Lei de 22 de Setembro de 1828 art. 2. § 4. Reg. de 15 de Março de 1842 art. 5. n. 9.; Ord. Liv. 4. tit. 102. § 5.; Alv. de 24 de Julho de 1713.

⁴⁶³ Lei de 22 de Setembro de 1828 art. 2. § 4.; Reg. de 15 de Março de 1842 art. 5. n. 8.; Ord. Liv. 1. tit. 88. § 19; Avis. 16 de Dezembro de 1852. Tendo a licença do pae não carece da do juiz para casar; Av. de 9. de Março de 1860.

⁴⁶⁴ Lei 22 de Setembro de 1828 art. 2. § 1.: Av. 12 de Junho de 1834.

⁴⁶⁵ Avis. de 8 de Julho de 1833. Não havendo quem queira ser Thesoureiro dos Orphãos, deve ser o collecter das rendas publicas; Avis. de 13 e de 20 de Julho de 1857. O cofre deve estar em lugar seguro, e não na casa do Thesoureiro; Alv. de 24 de Outubro de 1814. Avis. de 31 de Janeiro de 1834.

⁴⁶⁶ Lei de 11 de Outubro de 1827.; Dec. de 1.º de Junho de 1830; de 15 de Fevereiro de 1838.

⁴⁶⁷ Lei de 27 de Outubro de 1831. art. 4, 6.

⁴⁶⁸ Avis. de 13 de Agosto de 1834; de 3 de Fevereiro de 1855.; Reg. de 15 de Junho de 1859. art. 49.

⁴⁶⁹ Ord. Liv. 1. tit. 62. §§ 29, 33; tit. 88. §§ 40, 50; Liv. 4 tit. 102. §§ 12 Pegas ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 15. n. 18. segg.; Fer. Cap. 3.

15.º) Fazer entrar aos cofres, para terem o destino legal, os dinheiros pertencentes aos orphãos; e providenciar para que sejam bem aproveitados os bens que puderem dar rendimento, ou para que sejam arrematados aquelles que fôrem improductivos, ou de facil deterioração⁽⁴⁷⁰⁾;

16.º) Promover a inscripção das hypothecas legaes dos menores, e interdictos, na forma das leis ⁽⁴⁷¹⁾;

17.º) Dar á soldada os orphãos pobres, sem prejuizo de aprenderem á ler e escrever, e algum officio, preferindo sempre em igualdade de circumstancias, os parentes aos estranhos ⁽⁴⁷²⁾;

18.º) Nos inventarios em que houver menores, dividir os quinhões de terra, cuja separação lhes fôr requerida pelos herdeiros com os seus formaes de partilha (§ 162) ⁽⁴⁷³⁾;

19.º) Formar culpa, na forma das leis, aos officiaes que perante elles servirem ⁽⁴⁷⁴⁾; e suspender correccionalmente aos escrivães do seu cargo ⁽⁴⁷⁵⁾;

20.º) Providenciar á ser logo informado do fallecimento das pessoas que deixão filhos ou outros herdeiros orphãos e menores, ou ausentes ⁽⁴⁷⁶⁾;

⁴⁷⁰ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 22. Q dinheiro do Orphão que fallece passa logo á caixa de ausentes desde o dia do fallecimento; e cessão os juros; Ord. de 7 de Março de 1862. E pela caixa de ausentes será entregue á quem pertencer, observando-se a legislação respectiva para a entrega: Ord. de 5 de Janeiro de 1867. Sobre os favores e garantias concedidos aos dinheiros pertencentes á menores, veja-se a lei de 3 de Novembro de 1830 art. 4.; Decr. n. 834 de 2 de Outubro de 1851. Cap. 5. Sec 1ª; Lei n. 231 de 13 de Novembro de 1841.; Prov. de 12 de Maio de 1843.

⁴⁷¹ Lei de 24 de Setembro de 1864. art. 9. §§ 14, 19, 21.; Reg. de 26 de Abril de 1865, art. 203, 205, 211.

⁴⁷² Ord. Liv. 1. tit. 88. § 13.

⁴⁷³ Avis. de 26 de Julho de 1838; de 30 de Abril de 1865.

⁴⁷⁴ Cod. do Proc. Crim. art. 156.; Avis. 16 de Agosto, de 24 de Novembro de 1834.

⁴⁷⁵ Pelo que respeita á suspensão correccional dos Escrivães, devem os juizes regular-se, quanto ao tempo, forma e casos d'ella, pelas disposições do Decr. n. 834 de 2 de Outubro de 1851. art. 50. § 3. e arts. seguintes.

21.º) Providenciar sobre o peculio dos escravos nos casos previstos na lei e Regulamentos (⁴⁷⁷).

Juizes dos orphãos.

§ 72 Para que os juizes dos Orphãos evitem a suspeita de que administram os bens dos orphãos em proveito proprio, e não dos mesmos orphãos, são inhibidos:

1.º) De servir-se dos Orphãos por soldada (⁴⁷⁸);

2.º) De comprar bens d'elles, ainda em hasta publica (⁴⁷⁹);

3.º) De conservar em seu poder bens dos orphãos (⁴⁸⁰);

4.º) Dar á juro o dinheiro d'elles, deixando de recolher ás Thesourarias das Provincias, onde vencem o juro de cinco por cento (⁴⁸¹);

5.º) Suspender o Escrivão antes da culpa formada (⁴⁸²);

6.º) Servir no mesmo juizo com outro juiz que seja seu ascendente, descendente, irmão ou cunhado ou que tenha outro parentesco muito chegado (⁴⁸³).

⁴⁷⁶ Reg. de 15 de Junho de 1859; Ord. Liv. 1. tit., 88. § 3.

⁴⁷⁷ Reg. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872; Av. de 17 de Abril de 1874.

⁴⁷⁸ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 14.

⁴⁷⁹ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 30; Liv. 4. tit. 15.

⁴⁸⁰ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 30.

⁴⁸¹ Lei de 13 de Novembro de 1841, art. 6. § 4.; Avis. de 12 de Maio de 1842, art. 1, 5.; de 8 de Fevereiro de 1855.

⁴⁸² Avis. de 7 de Março de 1855.

⁴⁸³ Avis. n. 73. de 19 de Fevereiro de 1866.; Decis. de 19 de Março de 1873; Avis. n. 50. de 31 de Janeiro de 1866; Avis. n. 263. de 30 de Setembro de 1859., e de 7 de Novembro de 1873.; de 6 de Dezembro de 1873.

CAPITULO SEGUNDO

DOS ESCRIVÃES DOS ORPHÃOS.

§ 73 O Escrivão dos orphãos é o official legitimamente constituido para organizar o processo, e escrever privativamente todos os actos do juizo, perante o juiz dos Orphãos. E' nomeado pelo Imperador na forma das leis ⁽⁴⁸⁴⁾. No juizo em que ha mais de um escrivão privativo, servem todos por distribuição. E ainda havendo um só escrivão no juizo, convem que todos os processos sejam distribuidos, para constar legalmente que os processou e ser obrigado á apresenta-los, quando convenha, ou á reforma-los á sua custa ⁽⁴⁸⁵⁾.

Não havendo Escrivão privativo para o juizo dos Orphãos serve um Tabellião do Publico Judicial e Notas.

Dos deveres dos Escrivães dos Orphãos.

§ 74 O Escrivão dos Orphãos é um official publico, destinado ao serviço do juizo dos Orphãos, e tem deveres cummuns aos escrivães dos outros juizos, e deveres especiaes que resultão da natureza do seu cargo. Os deveres communs á outros escrivães são:

1.º) Ser obediente ao juiz ⁽⁴⁸⁶⁾;

2.º) Servir o officio por si mesmo ⁽⁴⁸⁷⁾, salvo tendo legitimo impedimento; porque em tal caso se passa provimento á um serventuario⁽⁴⁸⁸⁾;

⁴⁸⁴ Lei de 11 de Outubro de 1827.; Decr. de 1º de Julho de 1830. Decr. de 26 de Março de 1833; Port. de 6 de Setembro de 1833.; Decr. de 30 de Agosto de 1851; de 30 de Dezembro de 1854.

⁴⁸⁵ Per. de Carv. Lin. Orph. not. 49.

⁴⁸⁶ Alm. Souz. Segund. Lin. Not. 184.

3.º) Escrever por ordem do juiz os actos prejudiciaes (⁴⁸⁹), e independente de ordem todos os outros actos que por costume pode escrever (⁴⁹⁰)

4.º) Guardar os processos para dar conta d'elles á todo o tempo que estiver obrigado (⁴⁹¹);

5.º) Escrever fiel e ordenadamente todos os actos do processo, designando o dia, mez e anno em que escreve (⁴⁹²):

6.º Ter um livro ou protocolo das audiencias, onde lavre os termos e requerimentos das partes (⁴⁹³);

7.º) Assistir as audiencias, chegando primeiro que o juiz (⁴⁹⁴)

Além d'estes ainda os Escrivães dos Orphãos tem outros deveres que lhes são especiaes e taes são:

1.º) Promover *ex-officio* como auxiliar do juiz, a bôa arrecadação dos bens e das rendas dos orphãos, e olhar por suas pessoas,

⁴⁸⁷ Ord. Liv. 1. tit. 24. § 3.; tit. 97. pr. ; Alv. de 23 de Novembro de 1812; Decr. 3 de Outubro de 1663.; de 9 de Agosto de 1668.; 21 de Setembro de 1677.; 3 de Novembro de 1696.

⁴⁸⁸ Ord. Liv. 1. tit. 97. § 3.; Alv. de 23 de Novembro de 1612.; 3 de Novembro de 1696.; Assent. 27 de Abril de 1608.; Prov. de 23 de Julho de 1813. Havendo grande affluencia de negocios em seu Cartorio, pode ter um escrevente juramentado, precedendo licença do juiz dos Orphãos; Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2. 3 1.; Av. 26 de Agosto e 24 de Novembro de 1834. Mas á este escrevente não é permittido escrever os termos das audiencias, os de inquirições, e os actos que requerem segredo de justiça; Ord. Liv. 1. tit. 24. § 3.; tit. 97. § 10.; Liv. 3. tit. 19. § 12.

⁴⁸⁹ Assim como são os de que trata a Ord, Liv. 1. tit. 24. §§ 19, 20, 21; Cardoz, Prax. verb. Tabellio n. 13.

⁴⁹⁰ Alm Souz. Seg. Lin. Not. 184.

⁴⁹¹ Ord. Liv. 1. tit. 24. § 25. ; E' o Escrivão obrigado á guardar os feitos crimes até 20 annos, e os civeis até 30 annos; Ord. Liv. 1. tit. 84. § 23.; Regim. das Custas art. 107.

⁴⁹² Ord. Liv. 1. tit. 24. § 16.; tit. 19. § 11.

⁴⁹³ Ord. Liv. 1. tit. 24. § 3.; Alv. 4 de Junho de 1823.; Alv. 11 de Outubro de 1833.

⁴⁹⁴ Ord. Liv. 1. tit. 24. § 3.; tit. 79. § 5. Quando por impedimento não puder comparecer na audiencia, deve enviar o protocolo para que outro Escrivão escreva em seu lugar; Av. de 11 de Dezemb. de 1837.

dando prompto andamento aos inventarios, e á quaesquer outros processos que interessem aos oprphãos (⁴⁹⁵);

2.º) Ter conhecimento dos orphãos de sua jurisdição, e escrever em um livro o nome de cada um, com declaração da idade, do nome dos paes, e das pessoas com quem vivem; e o nome do seu tutor ou curador, para de tudo informar ao juiz, quando necessario fôr (⁴⁹⁶);

3.º) Dar prompto cumprimento aos despachos e sentenças do seu juiz, mormente as proferidas sobre prestações de contas, marcando prazo aos tutores para o recolhimento ao cofre dos alcances em que fôrem achados (⁴⁹⁷); e representar nos autos, fazendo-os conclusos ao juiz, logo que haja demora injustificavel no divido andamento do feito; e bem assim cobrar os autos, logo que finde o prazo de vista, aos advogados, apresentando ao juiz o mandado de co-cobrança;

4.º) Escrever nos inventarios todos os bens moveis e de raiz pertencentes aos orphãos, com as clarezas necessarias, de modo que fiquem bem conhecidos (⁴⁹⁸);

5.º) Escrever nos inventarios os termos de tutorias e fianças, e as escripturas de arrendamento, ou de soldadas dos orphãos, na forma da lei (⁴⁹⁹);

6.º) Escrever outro sim nos inventarios as despesas que os tutores fizerem (⁵⁰⁰);

7.º) Notificar ao tutor, curador, ou ao pae, nos casos em que estão obrigados, para a inscripção da hypotheca legal do menor ou do interdicto (⁵⁰¹)

⁴⁹⁵ Ord. Liv. 1. tit. 89. § 3.

⁴⁹⁶ Ord. Liv. 1. tit. 89. § 3.; Borg. Carn. Direito Civ. Liv. 1. tit. 27. § 230. n. 2.

⁴⁹⁷ Ord. Liv. 1. tit. 24. §§ 7. 19.; tit. 79. §§ 5, 6, 8.; tit. 80. § 10, 11.

⁴⁹⁸ Ord. Liv. 1, tit. 89. § 3.

⁴⁹⁹ Ord. Liv. 1. tit. 78. § 10.; tit. 89. §§ 5, 6.;

⁵⁰⁰ Ord. Liv. 1. tit. 89. § 7.

Das cousas que são prohibidas aos Escrivães dos Orphãos.

§ 75 E' prohibido aos Escrivães dos Orphãos:

1.º) Entrar no exercicio do cargo sem prestar fiança, ainda que seja notoriamente rico e abonado (⁵⁰²);

2.º) Escrever no inventario, e em outros feitos que não lhe tiverem sido distribuidos, havendo mais escrivães no mesmo juizo (⁵⁰³);

3.º) Extrahir cartas de partilhas, sem lhe serem pedidas pelas partes, ainda que seja para orphãos e pessoas administradas, emquanto estiver a administração pendente (⁵⁰⁴);

4.º) Receber maior salario do que o taxado no Regimento das custas (⁵⁰⁵);

5.º) Retardar o andamento dos processos por falta de pagamento das custas (⁵⁰⁶);

⁵⁰¹ Reg. de 26 de Abril de 1865., art. 201, 203, 211; Lei de 24 de Setemb. de 1864. art. 9. §§ 14, 19, 21.

⁵⁰² Ord. Liv. 1. tit. 89 § 1.; Avis. de 8 de Março de 1850. A fiança que os Escrivães dos Orphãos são obrigados á prestar é de 600\$000 nas cidades e villas principaes; de 450\$000, ou 300\$000 nas outras que os juizes determinarem, conforme a população e a grandeza do lugar; Alv. 13 de Maio de 1813.

⁵⁰³ Ord. Liv. 1. tit. 24. §§ 4, 6.; tit. 27. pr.; tit. 79. § 20.: Lei de 3 de Abril de 1609.; Alv. 23 de Abril de 1723. Sendo o Escrivão que escreveu em um processo o competente para escrever em todos os outros que forem dependencias delle, pertence ao Escrivão dos Orphãos, que processou o inventario d'um dos conjuges, escrever o inventario do outro conjugue, se ao tempo da morte ficarão orphãos, e menores, ou por outra razão, sujeitos á jurisdicção do juiz dos Orphãos; com tudo não deve escrever n'esse inventario sem que o distribuidor carregue-lhe na distribuição, para que mantenha-se a igualdade; Assent. de 17 de Junho de 1651; Praxe Brasil. § 104; Avis. de 15 de Fevereiro de 1855.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 15.; Alm. Souz. Not. a Mello Liv. 3. tit. 6. § 11. n. 4. A falta, porém, de distribuição não importa nullidade do Processo; Disp. Prov. art. 26., que revogou n'esta parte o Alv. de 23 de Abril de 1723., ficando assim restaurada a Ord. Liv. 1. tit. 79. § 21.

⁵⁰⁴ Lei de 10 de Outubro de 1754.; Repert. ás Ordd. verb, *Escrivão dos orphãos escreverá nos inventarios* etc. not. (e); Menez. Juiz Divis. Cap. 4. § 3.

⁵⁰⁵ Ord. Liv. 1. tit. 24 § 27. Os salarios que competem aos Escrivães dos Orphãos estão taxados no Regimento de 3 de Março de 1855 art. 132, 133, 134. Estes salarios devem ser pagos logo que sejam concluidos os autos respectivos, na forma do art. 184 do Reg. citado, com a excepção dos casos ahi especificados.

6.º) Tomar orphão por soldada, ou comprar bens pertencentes á elles, ainda que vendidos em hasta publica⁽⁵⁰⁷⁾;

7.º) Ser procurador, salvo sendo em causa propria, ou dos seus parentes, ou familiares ⁽⁵⁰⁸⁾;

8.º) Servir o officio na mesma terra em que serve outro officio, posto que differente, algum seu parente muito chegado, isto é, pae, filho, irmão, primo, tio, sobrinho ou cunhado; e o que entrar por ultimo perde o lugar ⁽⁵⁰⁹⁾;

9.º) Dar certidões além do que consta nos autos ⁽⁵¹⁰⁾;

10.º) Dar más respostas ás partes ⁽⁵¹¹⁾;

11.º) Confiar autos aos que não forem advogados, ou procuradores legalmente providos, sem ser por despacho do juiz ⁽⁵¹²⁾;

12.º) Juntar aos autos petições, documentos e quaesquer outros papeis, sem despacho do juiz ⁽⁵¹³⁾.

⁵⁰⁶ Ord. Liv. 1. tit. 24. §§ 41, 42.; Port. de 15 de Fevereiro de 1837; Reg. de 23 de Abril 1723. Em compensação d'este dever tem o direito de proceder executivamente contra os devedores, dentro dos trez mezes que marca a Ord. Liv. 1. tit. 79. § 18.; e tit. 84. § 30. Mas convem notar que estas Ordenações procedem somente quando a parte allega que tem pago; porque então se prova o pagamento com a prescrição; e por isso não basta dizer simplesmente que prescreveo a divida nos termos da Ord. Liv. 4. tit. 33; Repert. ás Ordd. verb. *Prescrição do salario dos Tabeliães* nota (e).

⁵⁰⁷ Ord. Liv. 1. tit. 89. § 8.

⁵⁰⁸ Ord. Liv. 1. tit. 48. § 24.; Av. de 21 de Novemb. de 1855.

⁵⁰⁹ Ord. Liv. 1. tit. 79. § 45. Esta prohibição não tem lugar no parentesco do julgador com o Escrivão, podendo o pae ser Juiz e o filho, escrivão; Repert. das Ordd. verb. *Tabellião não pode ser dons em uma terra*.

Mas em contrario tem declarado os Avisos de 12 de Novemb. de 1833; de N.º. 49. de 28 de Julh. de 1843; de N.º. 266 de 3 de Dezemb. de 1853; de 30 de Setemb. de 1859; de 14 de Dezemb. de 1861; e Av. J. de 7 de Maio de 1868; Av. J. de 2 de Setemb. de 1870. Duvido da legalidade d'estes Avisos; porque a disposição da citada Ordenação é d'aquellas que se não podem estender á casos semelhantes, como observa o Repertorio no lugar citado.

⁵¹⁰ Mend. Part. 1. Liv. 1. Cap. 2. Append. 1. n. 32. in fine.

⁵¹¹ Ord. Liv. 1. tit. 1. § 31.

⁵¹² Alv. de 4 de Jun. de 1823; Circul. de 11 de Dezemb. de 1837.

⁵¹³ Menez. Juiz. Divis. Cap. 4. § 3

CAPITULO TERCEIRO

DO CURADOR GERAL DOS ORPHÃOS

Curador Geral o que seja.

§ 76 Curador Geral se diz a pessoa legalmente nomeada para fallar por parte dos orphãos, ou das pessoas á elles equiparadas sobre todos os termos dos inventarios, partilhas, e quaesquer outras dependencias que correrem pelo juizo dos orphãos (⁵¹⁴).

A nomeação d'este funcionario publico é da livre escolha dos juizes dos orphãos; mas hoje deve ser nomeado com preferencia o Promotor publico da Comarca (⁵¹⁵), que só poderá recusar este cargo, e ser-lhe concedida dispensa, quando allegar e provar impedimento legitimo (⁵¹⁶).

Dos deveres do Curador Geral

§ 77 O Curador Geral, tendo por missão proteger e defender no juizo dos Orphãos os direitos das pessoas que estão debaixo da protecção e tutela da autoridade publica, por não poderem por si se defender em juizo, é considerado como um verdadeiro procurador publico; e para que desempenhe bem as obrigações do seu cargo, cumpre:

⁵¹⁴ Em Portugal nunca existio creado para todo o Reino o officio de Promotor do Juizo dos Orphãos; mas sómente para a Cidade de Lisboa e lugares annexos, dando-se-lhes Regimento no anno de 1541, cujas obrigações forão declaradas pelo Alvará de 19 de Dezemb. de 1642. Nas outras Cidades ou Villas, os Juizes nomeavão um Curador Geral para fallar em todos os inventarios e processos que corrião no Juizo dos Orphãos; e onde não havia juramentado para todos os processos e negocios do Juizo, juramentava-se um Curador para fallar em cada processo.

No Brasil nunca houve o officio de Promotor do Juizo dos Orphãos; mas sómente Curadores Geraes nomeados pelos juizes, ou especiaes para cada processo, como praticava-se em Portugal; Menez. Juiz. Divis. Cap. 12. § 32.

⁵¹⁵ Av. 27 pp Abril 1855; 31 de Maio 1859.

⁵¹⁶ Av. 15 de Janr. 1858.

1.º) Que nos inventarios seja ouvido sobre a louvação dos avaliadores, que tem de avaliar os bens da herança; e que assista as mesmas avaliações para ter conhecimento d'ellas, e intentar os recursos legaes, quando lesivas;

2.º) Que em todos os actos do processo se lhe faça com vista os autos para officiar, por parte dos orphãos. tudo quanto fôr á bem d'elles;

3.º) Que se lhe intime todos os despachos profiridos nos autos para requerer em tempo o que fôr á bem dos direitos das pessoas que protegem;

4.º) Que sejam ouvidos sobre as justificações de dividas que fação alguns credores; sobre a entrega de bens inventariados como pertencentes á terceiros; e sobre quaesquer outras pertenções, que se manifestarem no correr do processo, em que os orphãos sejam interessados;

5.º) Que sejam mais ouvidos em todas as justificações que se fizerem para supprimento de idade, emancipações, alienações de bens, e outros actos sobre que tenha de deliberar o juiz, a respeito da pessoa, ou dos bens dos orphãos.

O Curador Geral, no exercicio do seu officio, não deve limitar-se a emittir o seu juizo sobre o decisorio do processo, ainda é obrigado á fallar sobre o ordinario d'elle, requerendo ao juiz a observancia das formas do juizo, em ordem a que se evite, quer alguns actos superfluos ao conhecimento da verdade os quaes não tem outro prestimo que não seja o crescimento das custas em proveito dos Escrivães, quer a omissão das solemnidades legaes ou estabelecidas pelo uso, para garantia e segurança dos direitos dos orphãos.

E se bem que o juiz não esteja adstricto á se conformar com o officio do Curador Geral, porque delibera sob a sua responsabilidade, nem

por isso o Curador Geral se deve dispensar de cumprir o seu dever; e quando por culpa sua os orphãos recebem algum damno, ou por ter elle deixado de requerer cuidadosamente, ou por ter officiado manifestamente em contrario ao interesse dos orphãos, tem elles acção para haver, em tempo habil, do Curador Geral, como um procurador judicial, todos os prejuizos que lhes tiver causado.

Parte Especial

DO INVENTARIO E DAS PARTILHAS

TITULO PRIMEIRO

Do inventario solemne

CAPITULO PRIMEIRO

Ideias geraes a respeito do inventario.

NOÇÃO E DIVISÃO

§ 78 Inventario é a descripção dos bens que possuia o defunto ao tempo da sua morte (⁵¹⁷). Divide-se o inventario em solemne e simples. Se diz solemne., quando é feito pelo juiz com citação de todos os herdeiros e interessados, guardando-se as solemnidades de direito; e simples quando se faz sómente uma descripção dos bens perante um Tabellião e testemunhas (⁵¹⁸).

Faz-se o inventario judicial *solemne*, ou *ex-officio* pelo juiz, ou á requerimento do cabeça de casal; e sendo ambos ommissos no cumprimento d'este dever, podem pedir a feitura delle qualquer dos

⁵¹⁷ Ord. Liv. 1. tit. 88. §8 4, 8.; Menez. juiz Divis. Cap. 2. § 8. not. 1.; Per. de Carv. Lia. Orph. § 50.

⁵¹⁸ As differenças entre o inventario solemne e o inventario simples, ou descripção de bens, mostram Molina de Prim. Part. 1. Liv. 1. Cap. 13. n. 33, 34.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 29.; Ayor. de Partit. Cap. 2. n. 10.; Cancer. Var. Resol. Part 3. Cap. 2. n. 2.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 1. n. 12, 14. segg. O inventario feito segundo o costume do lugar é valido; e se diz solemne, posto que sejam omettidas algumas das solemnidades de direito, sendo d'aquellas que podem ser dispensadas; Valasc. Cons. 52. n. 32.; Bagn. Cap. 66. n. 131.

herdeiros, cessionarios, ou interessados na herança. Também aos credores do defunto é lícito requerer o inventario para que se evite a occultação dos bens, mas com esta differença que os herdeiros acçãoão summariamente ao cabeça de casal, e os credores pelos meios ordinarios(⁵¹⁹).

1) Das pessoas que são obrigadas á fazer inventario.

A) Em razão da herança, successão ou administração.

§ 79 Em regra, estão obrigados á fazer inventario todos aquelles que administram bens alheios, quer sejam publicos ou particulares; e a razão é que todo o administrador, ou seja necessario, ou voluntario, é obrigado á prestar contas á quem interessa á sua administração (⁵²⁰), e o inventario é a base das contas (⁵²¹). Mas isto se entende do inventario simples, e não do solemne, que é sómente obrigado á fazer aquelles á quem a lei expressamente sujeita; e taes são:

1.º) O marido por morte da mulher, e a mulher por morte do marido, quando fica algum filho nascido de entre ambos, ou algum outro descendente de menor idade, que seja seu herdeiro forçado (⁵²²);

⁵¹⁹ Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 56, 57, 59.; Coelho da Rocha § 488.

⁵²⁰ Cod. Liv. 1. tit. 3. fr. 32.; Liv. 5. tit. 37. fr. 24.; D. Liv. 26. tit. 7. fr. 7.; Valasc. Cons. 52. n. 49.; Cabed. Part. 1. Decis. 36. n. 3.; Molina de Primog. Liv. 4. Cap. 28. n. 3.; Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 10. n. 1 segg; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 1. § 43. Gloss. 158. n. 23. pag. 350.

⁵²¹ Cod. Liv. 5. tit. 37. fr. 24.; D. Liv. 26. tit. 7. fr. 7.; Guerr. Trat. 3. Liv. 3. Cap. 10. n. 2.; Cancer. Var. | Resol. Part. 3. Cap. 2. n. 1.

⁵²² Ord. Liv. 1. tit. 88. § 8.; Liv. 4. tit. 95. Quando, por fallecimento d'um dos conjuges, todos os filhos já são maiores, o conjuge sobrevivente não é obrigado a fazer inventario judicial e dar partilha da herança, se os herdeiros do conjuge predefunto querem estar em communhão, deixando de pedir a partição pela acção competente; Alm- Souza. Notas á Mello Liv. 3. tit. 6. § 11. n. 1. Não se considerão maiores os que obtiverão Carta de supplemento de idade, os casados, os emancipados por seu pae, ou demittidos do patrio poder nas condições legais, se ainda não tem a idade completa dos vinte e um annos; Ord. Liv. 3. tit. 42. § 5.; Prov. de 25 de Setemb. de 1787. Aos menores são equiparados os furiosos, os mentecaptos, prodigos julgados por sentença, desacisados, ausentes,

2.º) O pae, o avô, o filho ou outro parente do furioso, mentecapto, desacisado ou prodigo, se estiverem incumbidos da guarda da pessoa, e da administração dos bens d'elles (⁵²³);

3.º) O coherdeiro ou outra pessoa que fica na posse dos bens do defunto, se algum dos herdeiros fôr de menor idade (⁵²⁴);

4.º) Os herdeiros testamentarios ou legitimos, que não fôrem descendentes, nem ascendentes do defunto, sendo todos de maior idade, para o effeito sómente do pagamento do imposto devido á Fazenda publica, se não quizerem partilhar a herança (⁵²⁵);

5.º) Os herdeiros que são obrigados ao pagamento das dividas e encargos da herança, se não querem sugeitar os proprios bens (⁵²⁶);

6.º) O herdeiro do ausente, se lhe fôr entregue a herança com a obrigação de entregar-lha quando appareça (⁵²⁷).

Não é, porém, obrigado á fazer inventario solemne, bastando uma simples descripção dos bens, o fideicommissario universal (§ 29) (⁵²⁸); nem geralmente o cabeça de casal, que está na posse dos bens da herança, quando os bens são tão insignificantes, que as despesas do inventario judicial absorverião todo, ou quasi todo o seu valor (⁵²⁹). N'este caso custuma-se

surdos e mudos, e todos á quem a lei manda dar curador; Ord. Liv. 1. tit. 78. § 7.; tit. 79. § 13.; Liv. 3. tit. 41. § 4.; Liv. 4. tit. 103.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 11.

⁵²³ Ord. Liv. 4. tit. 103. §§ 1, 4, 5, 6.

⁵²⁴ Ord. Liv. 1. tit. 88. §§ 4, 9.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 11.

⁵²⁵ Alv. de 17 de Junho de 1809, §§ 8. 9.; Ord. de 23 de Janeiro de 1834.; Lei N.º 243 de 30 de Novembro de 1841 art. 17.; Decr. n. 156. de 28 de Abril de 1842.

⁵²⁶ Novella 1. Cap. 2. § 2.; Cabedo Part. 1. Decis. 134. n. 4.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 15.; Peg. For. Cap. 11. n. 878.

⁵²⁷ Ord. Liv. 1. tit. 62. § 38.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 2. tit. 12. n. 19.; Coelho da Rocha § 396.; Oliv. de Munere Provis. Cap. 4. n. 14, 15.

⁵²⁸ Valasc. Cons. 52. n. 49.; Cald. For. Quest. 21. n. 43.; Guerr. Trat. 1. Liv. 3. Cap. 2. n. 1.

⁵²⁹ Barb. Rem. á Ord. Liv. 1. tit. 87. § 3. n. 2.; Paiva e Pona Orphan. Cap. 1. n. 32, 33.; Per. e Souz. Lm. Civ. Not. 1021; Cancer. Var. Resol. Cap. 2. n. 112.

fazer um auto de justificação da pobreza, assim como a descrição dos bens para em todo o tempo constar das, forças da herança (⁵³⁰).

B) Em razão do officio.

§ 80 São obrigados á fazer inventario *ex officio*:

I) Os juizes dos Orphãos em todos os casos em que toda a herança ou parte d'ella pertence á orphãos e menores de 21 annos, ou interdictos, quer tenha sido deferida por testamento, quer *ab intestado* (§71) (⁵³¹), ainda 1.º) que o defunto o prohibisse (⁵³²); 2.º) que o pae fizesse em vida partilha entre o menor e seus irmãos (Nota 880) (⁵³³); 3.º) que se mova demanda sobre a validade do testamento, filiação, petição de herança, em cujo caso se suspende a partilha, mas não o inventario (⁵³⁴).

A regra geral comprehende os casos seguintes:

1.º) Quando fallece o pae, ou o avô, deixando filhos ou netos legitimos menores de vinte e um annos, posto que seja casados, ou emancipados com supprimento de idade, salvo sendo estrangeiros, porque então guardão-se os tractados preexistentes (⁵³⁵);

2.º) Quando fallece a mãe ou avó legitima, deixando filhos ou netos menores, ainda que estejam em poder do pae (⁵³⁶);

⁵³⁰ Barb. Rem. á Ord. Liv. 1. tit. 87 § 3. n. 2.; Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1. tit. 27. § 235. n. 16.

⁵³¹ Ord. Liv. 1. tit. 88. §§ 4,6, 7. segg.; Phaeb. Decis. 140. n. 6. 7.; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 59.

⁵³² Mend. Part. 2. Liv. 1. Cap. 2, n. 128.; Cabed. Part 1. Decis. 136.; Paiv. e Pona Orph. Cap. 1. n. 11,30, 69.

⁵³³ Valasc. Partit. Cap. 21.; Paiva e Pona Orplian. Cap. 1. n. 61. segg.

⁵³⁴ Valasc. Partit. Cap. 2. n. 26.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 9.

⁵³⁵ Ord. Liv. 1. tit. 88. §§ 4, 8. 28.; Liv. 3. tit. 42.; Liv. 4. tit. 96. pr.; Prov. de 25 de Setembro de 1787.; Gama Decis. 174. n. 15.

⁵³⁶ Ord. Liv. 1. tit. 88. §§ 4, 6.; Cabed. Part. 1. Decis. 99, n. 11. e Arest. 32.

3.º) Quando o pae do menor é vivo; mas está inhabilitado por ausencia em parte remotissima, por demencia ou outra enfermidade (⁵³⁷).

4.º) Quando ficarem alguns filhos menores naturaes do defunto, que lhe devão succeder na forma das leis (⁵³⁸);

5.º) Quando fallece alguma pessoa com testamento instituindo herdeiros á menores de 21 annos, ainda que tenham pae vivo (⁵³⁹);

6.º) Quando fica a herança jacente (⁵⁴⁰);

7.º) Quando algum menor fôr instituido em cousa certa, sem outro coherdeiro (⁵⁴¹);

⁵³⁷ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 6., Reynos. Observ. 30.

⁵³⁸ Ord. Liv. 4. tit. 92. pr.; Surd. Alim. tit. 1. Quest. 15. n. 6.; Paiva e Pona Orph. Cap. 1. n. 22.

⁵³⁹ Ord. Liv. 1. tit. 88. §§ 6, 7.; Phaeb. Decis. 140. n. 4, 5, 6, 7.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 7. n. 8. Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 6. § 11. n. 1. No § 7. dispõem assim a citada Ord nação: *E mandará fazer inventario de toda a fazenda e bens que algum menor de vinte e um annos herdar, ou haver por morte de alguma pessoa.* Desta Ordenação tem nascido a duvida: *Se falla somente dos menores que não tem pae, os quaes vulgarmente se dizem orphãos de, pae, ou se tambem dos menores que tem pae.*

Posto que não sejam verdadeiramente orphãos os menores sem mãe, tendo pae legitimo e natural; Cabed. Part. Decis. 99. n. 11.; Arest. 32.; Alm. e Souz. Obrig. Recipr. § 234, contudo na praxe tem-se entendido que pertence o inventario ao juiz dos Orphãos, ainda que o menor herdeiro tenha pae vivo; porque a citada Ordenação falla geralmente — *de toda a fazenda e bens que algum menor de vinte e cinco annos pretender herdar*; Phaeb Decis. 140 n. 7.; e além disto no § 6. dispõem a Ordenação que fallecendo a mãe d'algum menor, o juiz dos Orphãos faça inventario e partilhas com o pae; e quando dá providencias acerca dos bens que na partilha forem adjudicados á esse menor diz:.... *porém se forem moveis de que os orphãos se servirem, não será o pae obrigado á lh'os entregar, denominando — orphãos — ao menor que tem pae*, Phoeb. Decis. 140 n. 6, 7.

Nem pude prevalecer em contrario a disposição do art. 83. do Reg. de 22 de Novembro de 1871, que declarou: Que o inventario e partilha dos defuntos que deixarem testamento, sem herdeiros orphãos ou interdictos, é da competencia do juiz da Provedoria; porque o fim deste artigo não foi restringir se não declarar a jurisdicção dos juizes provedores dos Resíduos, o que mostra-se com o Avis. de 24 de Abril de 1873, que interpretando o citado art. 83, nos casos ahi previstos, respeitou a competencia dos juizes dos Orphãos, segundo as leis preexistentes, não obstante a generalidade do mesmo art. 83.

⁵⁴⁰ Ord. Liv. 1. tit. 90.; Lei de 30 de Novembro de 1841; Decr. de 9 de Maio de 1842.; de 27 de Junho de 1845.; de 15 de Junho de 1859.

⁵⁴¹ Guerr. Trat. 1. Liv. 3. Cap. 9. n. 3. segg.; Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 6. § 11. n. 1.

8.º) Quando fôr substituído em alguma herança ou fôr deixado fideicomisso á algum menor (⁵⁴²);

9.º) Quando fôr deixado á algum menor o usufructo de todos os bens (⁵⁴³),

10.º) Quando alguma pessoa deixar a terça de seus bens ou parte d'ella, á algum menor, não sendo de quantidade ou de cousa certa, ou algum legado que seja necessario dividi-lo entre orphãos e menores, ou entre elles e os herdeiros maiores (⁵⁴⁴);

11.º) Quando fôr nomeado testamenteiro algum menor de 21 annos (⁵⁴⁵);

12.º) Quando se faz entrega da herança ao herdeiro do ausente com a obrigação de restituir-lha quando appareça (⁵⁴⁶);

13.º) Quando consta que alguém é sandeu, louco ou prodigo que esbanja e desbarata os seus bens (⁵⁴⁷);

14.º) Quando fallece algum escravo, deixando peculio e herdeiro escravo ou menor livre (⁵⁴⁸)

⁵⁴² Ord. Liv. 1. tit. 88. § 7.: Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 7. n. 13.; Cabed. Part. 1. Decis. 136.; Cald. For. Quest. 21. n. 43.

⁵⁴³ Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 2.; Cap. 14. n. 13. O usufructuario pode ser obrigado á dar caução aos moveis para que restitua a estimação d'elles, logo que se finde, o usufructo ou quando houver suspeita de que elle diminue os bens; D. Liv. 7. tit. 1. fr. 35, a qual caução não pode prohibir o testador; Card. Praxe verb. Fructus n. 13. Porém o pae usufructuario não presta caução; D. Liv. 36. tit. 3. fr. 7., salvo casando segunda vez, ainda tendo os filhos em seu poder; Pinello in Leg. 1. Part. 2. Cap. 1. n. 13., ou destruindo ou dissipando os bens do filho; porque então pode o juiz tiral-o da administração d'elles; Paiva e Pona Orph. Cap. 1. n. 12. segg.

⁵⁴⁴ Alm. Souz.. Not. á Mello Liv. 3. tit. 6. § 11. n. 1. Sendo o legado de cousa certa, não pertence o inventario ao juiz dos Orphãos; Avis. de 28 de Novembro de 1834.; de 26 de Abril de 1836.; de 13 de Outubro de 1841.; Phaeb. Decis. 140. n. 8.; Per. e Souz. Lin. Civ. Not. 1021 Ayrora Partit. Part. 1. Cap. 5. n. 11.

⁵⁴⁵ Molina de Just. Disp. 247. n. 15.; Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 6. e 10.; Cap. 14. n. 14. Quando se diz que o menor de 21 annos, e maior de 17 annos, pode ser nomeado testamenteiro, entende-se para os negocios extrajudiciaes, e não para os actos judiciaes; Oliveira de Mun. Prov. Cap. 2. § 7. n. 8.; Pinh. de Test. Append. Disp. Unica Sect. 1. § 3.

⁵⁴⁶ Ord. Liv. 1. tit. 62. § 38.

⁵⁴⁷ Ord. Liv. 4. tit. 103; Cald. in Leg. Si Curat. verb. Cum non absimilis n. 7. 8.

15.º) Sempre que fôr interessado na herança e na partilha alguma pessoa sujeita á tutela ou curatela (⁵⁴⁹);

II) Os juizes de Direito das Comarcas especiaes e os Municipaes nas Comarcas geraes, sendo a Fazenda interessada por decima ou taxa de heranças e legados (⁵⁵⁰);

III) Os juizes dos Feitos para o inventario e partilhas que tiverem de ser feitos entre a Fazenda Nacional, como herdeira, e quaesquer outros coherdeiros, conjuges ou consocios; assim como para a arrecadação da taxa de heranças e legados, quando não se tiver dado começo ao inventario por outro juizo dentro de trinta dias (⁵⁵¹).

II) Do tempo em que deve começar e concluir-se o inventario.

§ 81 O inventario em que são interessados orphãos e menores deve ser instaurado *ex officio* pelo juiz dentro de trinta dias (⁵⁵²), e sendo o juiz negligente, á requerimento do conjuge sobrevivente, dentro de sessenta dias (⁵⁵³), e findar-se em outros sessenta dias, tudo em noventa dias (⁵⁵⁴), contados os prazos em qualquer dos casos da morte d'aquelle

⁵⁴⁸ Reg. de 13 de Novembro de 1872. art. 60. Tambem compete aos juizes dos Orphãos a avaliação dos bens constitutivos do peculio de qualquer escravo nos casos previstos pela legislação commum, e especialmente pelo Regulamento a que se refere o Decreto N.º 5135 de 13 de Novembro de 1872.; Av. de 17 de Abril de 1874.

⁵⁴⁹ Lei de 3 de Novembro de 1830.

⁵⁵⁰ Lei N.º 2033 de 20 de Setembro de 1871 art. 24. § 1.; Reg. de 22 de Novembro de 1871. art. 67.; Alv. de 17 de Junho de 1809. § 9.; Reg. de 28 de Abril de 1842, art. 1. segg.

⁵⁵¹ Reg. de 28 de Abril de 1842, art. 7. 8.; Lei de 29 de Novembro de 1841.

⁵⁵² Cod. Liv. 6. tit. 30. fr. 22. § 2; Novella 1. Cap. 2. §§ 1, 2; Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4; Liv. 4. tit. 102 pr.; Valasc. Cons. 52. n. 5.; Partit. Cap. 8. n. 13.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

⁵⁵³ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 8.; Liv. 4. tit. 98. § 6.; Portug. Donat. Liv. 3. tit. 19. n. 24.; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 27. § 235. n. 2. Havendo ausentes, estendese este prazo até um anno; Valasc. Cons. 52. n. 9.; Partit. Cap. 8. n. 20.; Guerr. Trat. 1. Cap. 2. n. 9, 10.

⁵⁵⁴ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 8; Portug. Donat. Liv. 3. Cap. 19. n. 24.; Bagn. Cap. 66. n. 152.; Valasc. Cons. 52. n. 8, 9.; Paiva e Pona Orph. Cap. 1. n. 2.; Coelho da Rocha § 431.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 6 § 9. Basta que principie em tempo habil para que aproveite, ainda que por negligencia do juiz, ou omissão do escrivão não se

cujos bens devem ser inventariados (⁵⁵⁵). O termo que a lei marca para se dar começo ao inventario não pode ser prorogado pelo juiz, senão pela Relação do Districto por tempo de seis mezes, havendo justa causa (⁵⁵⁶); mas não corre, havendo justo impedimento de direito ou de facto (⁵⁵⁷).

Dentro do tempo concedido para a feitura do inventario não pode o herdeiro ser inquietado pelos credores ou legatarios sobre o pagamento das dividas e entrega dos legados (⁵⁵⁸). Mas esta regra limita-se:

1.º) Acerca das cousas que dizem respeito d'alma do testador, como celebração de Missas, suffragios e legados pios, os quaes devem ser entregues, ainda durante o inventario (⁵⁵⁹);

2.º) Quando o herdeiro é demandado pelo pagamento das despesas do funeral, e dos honorarios doe Medicos (⁵⁶⁰);

3.º) Quando é demandado, não como herdeiro, mas pela acção real, ou hypothecaria, como qualquer possuidor (⁵⁶¹).

complete no termo legal; Bagn. Cap. 66. n. 152, assim como, por equidade, aproveita o inventario não começado nos 30 dias, quando se finda nos 90; Valasc. Cons. 52. n. 8.; Alm. Souz. § 9. cit.

⁵⁵⁵ Ord. Liv. 1. tit. 88. §§ 4. 8.; Portug. Donat. Cap. 10. n. 24.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

⁵⁵⁶ Alv. de 24 de Julho de 1713; Lei de 22 de Setembro de 1828. art. 2. § 6. in fine; Reg. de 3 de Janeiro de 1833 art. 9. § 11. e art. 62.; Decr. de 2 de Maio de 1874, art. 10. § 4. Esta attribuição pertencia antigamente ao Desembargo do Paço; Alv. de 24 de Julho de 1813; Per. Decis. 61. n. 9.; Valasc. Cons. 52. n. 9. Ainda quando se obtenha esta prorrogação, sempre se deve fazer a descripção dos bens para se evitar o descaminho, suspendendo-se a partilha pelo tempo concedido.

Quer o inventario, quer a descripção dos bens, não se começa dentro dos oito dias do luto, nem dentro dos nove dias da molestia d'algum dos herdeiros, sendo justificada perante o juiz; Ord. Liv. 3. tit. 9. §§ 9, 10.; Alv. de 17 de Agosto de 1761 §§ 3, 4.

⁵⁵⁷ Cod. Liv. 6. tit. 30. frag. 22. §§ 1. 4.; Oliveir. de Muner. Provis. in add. ad Cap. 2. n. 12.; Bagn. Cap. 66. n. 154. Considera-se justo impedimento a demanda movida contra o herdeiro, em quanto embarga a posse dos bens hereditarios, e a feitura do inventario. A enfermidade incuravel, e qualquer outro impedimento perpetuo não obsta o curso do prazo legal; porque o herdeiro pode fazer o inventario por seu procurador; Peg. For. Cap. 11. n. 60.; Escobar de Ratiocin. Cap. 9. n. 57.; Bagn. Cap. 66 n. 154.

⁵⁵⁸ Cod. Liv. 6. tit. 30. frag. 22. §§ 4. 11.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 81, 82, 33.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 2. n. 27.; Brunem. Comm. in Cod. Liv. 6. tit. 50. frag. 22. § 11. n. 50.; Cancer. Var. Resol. Part. 3. Cap. 2. n. 156.

⁵⁵⁹ Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 2. n. 29, 30.

⁵⁶⁰ Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 2. n. 68, 69.

O juiz negligente no cumprimento d'este dever, além da responsabilidade criminal a que fica sujeito, ainda responde aos orphãos por seus bens, quando soffrão prejuizo, por culpa sua, posto que allegue falta de conhecimento da morte do inventariado; porque a ignorancia do facto, sem causa justificada não aproveita á quem é obrigado á indagar e á saber em razão do seu officio (⁵⁶²).

Os tutores, os curadores e quaesquer outros administradores dos bens dos orphãos, não tem tempo prefixo para fazer o inventario, contudo devem faze-lo com a brevidade possivel, e logo que lhes fôr ordenado (⁵⁶³), e quando negligentes, não ficão porisso sujeitos á pena alguma; mas, como que achados em dolo, podem ser removidos como suspeitos (⁵⁶⁴), o ficão responsaveis por todo o damno que causarem aos orphãos resultante da mora e sujeitos ao juramento *in litem* (⁵⁶⁵).

O pae, ou avô que deixar de requerer o inventario no prazo legal, por esse mesmo facto perde a herança dos filhos ou netos que nesse tempo tiver e o pae dos orphãos fica mais privado do usufructo dos bens dos filhos (⁵⁶⁶). A mai ou avó, além da privação da herança, não podem ser tutoras (§ 25) (⁵⁶⁷). Não havendo orphãos, instaura-sc o inventario em qualquer tempo que a parte interessada o requeira.

⁵⁶¹ Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 2. n. 31.; Cancer. Var. Resol. Part. 8. Cap. 2. n. 168; Brunem. Comm. in Cod. Liv. 6. tit. 30. frag. 22. § 11. n. 54.

⁵⁶² Cod. Liv. 9. tit. 24. frag. 1.; Liv. 6. tit. 9. fr. 6.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 2. n. 1. segg.

⁵⁶³ Valasc. Partit. Cap. 8, n. 13.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 2. n. 18.

⁵⁶⁴ Valasc. Partit. Cap. 8. n. 13, 14.

⁵⁶⁵ Valasc. Partit. Cap. 8. n. 15, 16. Mas não é admissivel este juramento contra o herdeiro do tutor ou cuador; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 17.

⁵⁶⁶ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 8.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 2. n. 6, 7, 8. A pena da insuccessibilidade não procede nos bens de providencia, senão nos hereditarios; Peg. For. Cap. 129. n. 17. 20. segg.; Borg. Carn. Direito Civ. Liv. 1. tit. 27. § 235. n. 21.

⁵⁶⁷ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 9.; Liv. 4- tit. 98. § 6. cujas disposições limitão á do Liv. 4. tit. 102 § 3.; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 19. n. 23. Estas Ordenações, como leis penaes, não se estendem alem do seu caso. Portanto não são applicaveis as penas ahi decretadas á outras pessoas que não sejam o pae, a mãe, ou avós, nem á estes: 1º quando o filho, ou netto é já emancipado, ou maior de vinte e um annos; Phaeb. Decis. 89. n. 10.; Arest. 89.; 2º se a falta não tem por causa o dolo; Phaeb. Decis. 126. n. 9.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 8. n. 24.; 3º se o inventario teve começo nos dons mezes que a lei

III) Dos efeitos do inventario.

§ 82 O inventario solemne evita a confusão dos bens proprios do herdeiro com os do defunto, e d'ahi resultão muitos effeitos, sendo os principaes e mais importantes:

1.º) Que o herdeiro deixa de ser obrigado aos credores e legatarios além das forças da herança (⁵⁶⁸);

2.º) Que pode o herdeiro pagar integralmente a divida aos credores, e entregar o legado ao legatario, que primeiro exigir, ainda que nada mais reste da herança, sem que os outros credores e legatarios possam inquieta-lo, allegando que não lhes conservou alguns bens, ou ao menos não exigio d'aquelles á quem pagou, que prestassem fiança de restituir aos que posteriormente viessem, o que lhes pudesse tocar. Mas por praxe do nosso foro, quando o herdeiro sabe que ha outros credores e legatarios, sempre exige fiança para remover de si a presumpção de dolo (⁵⁶⁹);

3.º) Que, não havendo dinheiro na herança, pode o herdeiro satisfazer aos credores e legatarios com os proprios bens da herança, ainda que se lhes deva em quantidade, sem que possam exigir a venda desses bens para seu pagamento. E' sómente n'este caso especial que

marca, recebendo a viuva o juramento, posto que não chegasse á encerrar; 4º Quando os filhos herdeiros fallecem dentro dos dous mezes em que deve fazer o inventario; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 31, 32; Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 4.; Peg. ad Ord. liv. 1. tit. 87. § 8. n. 30.; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 27. § 235. n. 17.; 5º quando os filhos serão desherdados pelo conjuge predefunto; Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 13. n. 4.; Barb. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 8. n. 9.; 6º em quanto não ha sentença declaratoria, a que preceda audiencia do viuvo; porque esta regra se observa sempre que se trata de imposição de penas, por muito que se incorra *ipso facto*; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 8. n. 16.; Cald. de Renovat. Emphyt. Quest. 11. n. 7, 8.; Quest. 20. n. 4, 5.

Não é necessario, porém, que essa pena seja proferida em vida do conjuge, basta que a acção chegasse á ser com elle contestada; Ass. de 20 de Julho de 1780.; Borg. Carn. Dir. civ. Liv. 1. tit. 27. § 235. n. 22.; Reynos. Observ. 40; Oliveir. de Mun. Provis. Cap. 2. add. 15.

⁵⁶⁸ Cod. Liv. 6, tit. 30. fr. 22.; Valasc. Cons. 52. n. 35; Partit. Cap. 7. n. 3.; Portag. de Donat. Liv. 3. Cap. 19. n, 22.

⁵⁶⁹ Valasc. Cons. 52. n. 38; Peg. For. Cap. 11. n. 53, 65; Guerr. Trat. 1. Liv. 3. Cap. 8. n. 78. 114.

paga-se ao credor com coisa diversa d'aquella á que tinha direito, salvo havendo comprador que queira comprar os bens, pagando as dividas e legados, e desonerando ao herdeiro da evicção (⁵⁷⁰);

4.º) Que tem direito o herdeiro de haver pelos bens da herança o pagamento de todas as despesas que fez, não só com a ultima enfermidade do defunto, como tambem com o funeral e com as cousas hereditarias; e bem assim o pagamento da divida que antes lhe devia, conservando salvas e illesas as suas acções (⁵⁷¹).

Da prova que resulta do inventaria.

§ 83 Contra o inventariante prova plenamente o inventario que todos os bens n'elle descriptos estavam no dominio e posse do defunto ao tempo da sua morte (⁵⁷²); e contra o tutor que os bens inventariados pertencem ao pupillo, ainda que sejam seus proprios, se consentio, sem protesto, que fossem descriptos (⁵⁷³).

O inventariante que, por erro, descreveo no inventario, como não devia, bens seus proprios, ou alheios, pode ser admitido á justificar a verdade para o effeito de corrigir-se o erro (⁵⁷⁴); mas o tutor não é ouvido, ainda querendo provar o contrario; porque tem contra si a presumpção *juris et de jure* de que os bens inventariados pertencem ao pupillo (⁵⁷⁵). E á favor do inventariante e dos herdeiros, prova o inventario

⁵⁷⁰ Valasc. Cons. 52. n. 39.; Peg. For. Cap. 11. n. 50.; Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 9. n. 92.

⁵⁷¹ Valasc. Cons. 52. n. 43.

⁵⁷² D. Liv. 26. tit. 7. fr. 57.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 4. n. 1. 2; Cancer. Var. Resol. Cap. 2. n. 5.

⁵⁷³ Cod. Liv. 5. tit. 51. fr. 13. E se deduz da resposta do Jurisconsulto Seaevola no Digesto Liv. 26. tit. 7. fr. 57.; Valasc. Cons. 52. n. 12, 14.; Mascard. Probat. Goncl. 940. n. 1. 2.

⁵⁷⁴ Cod. Liv. 1. tit. 18 fr. 5.; D. Liv. 42. tit. 4. fr. 1.; Valasc. Cons. 52. n. 11, 14, 15.

⁵⁷⁵ Valasc. Cons. 52. n. 12, 13.; Mascard. Probat. Concl. 940. n. 3. A razão da differença é que o citado fr. 13 (tit. 5. Liv. 5. do Cod.) é exorbitante, e falia particularmente acerca do tutor; e por isso não deve ser applicado á outra pessoa, segundo a regra da Auth. *Quas actiones* Cod. Liv. 1. tit. 2. fr. 23. Mas isto se entende quanto aos bens moveis, e

solemne, que, além dos bens descriptos, não existem outros na herança; e porque esta prova funda-se em uma presumpção *juris*, impõe ao adversario o onus da prova em contrario (⁵⁷⁶).

Mas contra terceiros que allegão e justincão que forão inventariados bens seus, e não da herança nada prova o inventario (⁵⁷⁷); contudo para que sejam attendidos, é necessario que todos os herdeiros reconheção e confessem o direito dos reclamantes, para que lhes sejam entregues; e se algum herdeiro impugna a entrega de taes bens, deve o juiz remetter as partes aos meios ordinarios; porque, ainda contra os herdeiros do depositario não se procede summariamente (⁵⁷⁸).

não quanto aos de raiz; Cancer. Var. Resol. Cap. 2. n. 12.; nem quando a questão, que se move contra o tutor, versa sómente sobre terem sido, ou não entregues os bens ao pupillo: porque, em taes casos pode provar contra o inventario, não só com escripturas, senão também com testemunhas, e até por presumpções; Mascard. Probat. Concl. 940. n. 8.

⁵⁷⁶ Valasc Partit. Cap. 8. n. 43. Tendo o inventariante declarado que não existem na herança outros bens alem dos que forão descriptos, não podem os outros coherdeiros proceder no inventario contra essa declaração; mas somente por acção ordinaria; e por esta razão inadvertidamente alguns juizes admittem embargos contra a partilha já feita, quando a parte articula sobre bens sonegados; porque sobre isto, e para a imposição da pena do duplo, não se procede senão por acção ordinaria; e esta é a melhor praxe que ensina Valasc. Partit. Cap. 8. n. 45.

⁵⁷⁷ Mascard. Probat. Concl. 940. n. 9. Pelo que resulta que menos bem procedem os Juizes que decretão o sequestro sobre bens immoveis, possuidos por um terceiro já desde o fallecimento do inventariado, sómente pela razão de terem sido descriptos no inventario, quando é certo que o sequestro não pode ser decretado senão por justa causa, e nos casos previstos em direito; Reynos. Observ. 37.; Cald. For. Quest. 21.

⁵⁷⁸ Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 244, 245.; Mend Part. 1. Liv. 3. Cap. 21. n. 57. Os tutores e os curadores dos orphãos devem ter muito zelo pela fazenda de seus pupillos, quando se trata de questões d'esta ordem, não sendo faceis em concordar na entrega de bens reclamados por um terceiro, nem fazendo opposição injusta, e infundada para a entrega de bens alheios, sugeitando d'ess arte os seus pupillos á letigios e despesas denecessarias.

CAPITULO SEGUNDO

DOS MODOS PORQUE SE INSTAURA O INVENTARIO.

A) Por officio do juiz.

§ 84 Logo que o juiz dos Orphãos tenha conhecimento de alguma herança *pro indiviso*, comprehendida em algum dos casos referidos no § 80, deve expedir portaria ao Escrivão, ordenando-lhe que cite ao cabeça de casal, ou á pessoa que estiver na posse dos bens, para comparecer e prestar em suas mãos o juramento de inventariante, no prazo que lhe fôr assignado; e outro sim fazer a declaração de todos os herdeiros, e dos bens da herança, sob pena de sequestro e as mais das leis (⁵⁷⁹). Feita a citação, se o citado comparece, mas, debaixo de juramento, declara que não é cabeça de casal, negando que possua bens da herança de que se lhe pede partilha, cessa todo o procedimento ulterior, ficando no entretanto sujeito ás penas da lei pelo perjurio, se fez negação contra a verdade (⁵⁸⁰).

Do mesmo modo se procede, quando algum herdeiro nega com juramento, que tem bens doados, que deva conferir (§ 105). Tomando-se por termo a negação, fica a parte á quem interessa com o direito salvo para demandar por acção ordinaria de sonegados (§ 60) (⁵⁸¹).

Contudo constando evidentemente que ha malicia na negação, deverá o juiz, justificada a suspeita, proceder logo á sequestro nos bens moveis para evitar o descaminho; mas isto se practica sómente quando a malicia é publica e notoria, e não havendo por onde se possa reparar o

⁵⁷⁹ Ord. Liv. 1. tit. 88. §§ 4, 7, 8,; Liv. 4. tit. 96. §§ 12, 13; Menez. Juiz. Divis. Cap. 1. § 4. Esta citação é accusada em audiencia pelo Escrivão ou pelo curador Geral.

⁵⁸⁰ Menez. Juiz. Divis. Cap. 2. § 4.

⁵⁸¹ Menez. Juiz. Divis. Cap. 2. § 4.

extravio, sendo pedida a partilha dentro de um mez depois da morto do defunto, enquanto não são distrahidos os moveis (⁵⁸²).

Não comparecendo o citado, pode o juiz constrange-lo pelos meios legitimos (§ 92. n. 5.) (⁵⁸³). E quando comparece, reconhecendo que é possuidor da herança e que ha outros herdeiros com direito á partilha, o juiz defere juramento ao citado para fazer a descripção dos bens e declarar quaes são os herdeiros (⁵⁸⁴).

B) A' requerimento de parte.

§ 85 Faz-se o inventario á requerimento de parte sempre que a herança está *pro indiviso*, e algum dos herdeiros quer sahir da communhão.

Se o cabeça de casal, sendo citado para dar partilha, comparece na audiencia aprazada, e reconhece ao autor como herdeiro, e com direito á haver da herança a parte que pede, o juiz lhe defere o juramento e procede nos mais termos do inventario e partilhas. Mas se não reconhece o autor com direito á herança de que pede partição ou tem contra elle alguma excepção, pode pedir vista para deduzir o seu direito pela forma que dissemos no § 57:, e o juiz, tomando conhecimento da defesa offerecida pelo cabeça de casal, delibera á final, ou remetendo as partes aos meios ordinarios, ou differindo o inventario, quando obste alguma razão, ou

⁵⁸² Menez. Juiz. Divis. Cap. 2. § 4.

⁵⁸³ O sequestro é o meio mais eficaz de compettir o cabeça de casal á comparecer perante o juiz para dar bens á inventario e partilhas; mas este meio, como exorbitante, não deve ser empregado senão com muita prudencia, e nos casos em que a necessidade o justifique. Tambem pode o juiz julgar a notificação por sentença e proceder a revelia, ou nomear outro cabeça de casal para descrever os bens, Per. de Carv. Lin. Orph. Part. 1. Not. 60.

⁵⁸⁴ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4.; Per. de Carv. § 26.

mandando proceder no feito, e n'este ultimo caso toma o juramento ao cabeça de casal, e procede nos mais termos do inventario (⁵⁸⁵).

CAPITULO TERCEIRO

1) DO CABEÇA DE CASAL

A) Quem fica na posse da herança para dar partilha.

§ 86 No regimem da communhão, fallecendo um dos conjuges, fica o conjugue sobrevivivo na posse dos bens e cabeça de casal para que, das mãos d'elle, os herdeiros e legatarios recebam seus quinhões hereditarios e legados (⁵⁸⁶); mas com esta differença que o viuvo continua a posse velha que já tinha na constancia do matrimonio (⁵⁸⁷), e a viuva entra na posse dos bens do casal pelo beneficio da lei (⁵⁸⁸). E quando fallece o viuvo ou viuva ou qualquer outra pessoa, deixando herdeiros necessarios, entra na posse dos bens da herança, como cabeça de casal, o filho ou filha mais velha ou outro descendente,

⁵⁸⁵ Se as mesmas pessoas possuem muitas heranças em commum, posto que lhes tenham sido defiridas por titulos diversos, podem pedir a partilha de todas essas heranças em um unico juizo divisorio; D. Liv. 10. tit. 2. fr. 25. § 3; Liv. 17. tit. 2. fr. 52. § 14. Esta regra estende-se ainda ao caso em que duas pessoas são herdeiras em commum de Pedro e de Paulo, e um terceiro tambem o é do primeiro, sem que o seja do segundo, podendo proceder-se á partilha entre os trez em um só juizo: porque é inutil fazer-se por muitos juizos aquillo que pode conseguir-se por um só; D. Liv. 10 tit. 2. fr. 25. §§ 3, 4.

Contudo é livre ás partes pedir a partilha tão sómente d'uma das heranças, ficando a outra *pro indiviso*; Brunem, ad Pand. Liv. 10. tit 2 fr. fr. 25. g 3., n. 5, 6. Portanto fallecendo um dos irmãos herdeiros, antes de feita a partilha da herança paterna, e devendo succeder ao defunto os outros co-herdeiros, quer por testamento, quer *ab intestado*, procede-se regularmente no inventario, carregau-do-se todos os bens, assim do pae como do irmão prede-funto, e fazendo-se uma só partilha, não obstante serem duas heranças distinctas; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 4. n. 17, 18, 19. Porém Arouca Alleg. 8. n. 10. é de opinião que, no caso previsto, não podendo constar quaes os bens que pertencem á uma ou á outra herança, é necessario que se faça o inventario e a partilha de cada herança em processo separado; e esta mesma opinião segue Paiva e Pona Orph. Cap. 1. n. 85.

⁵⁸⁶ Ord. Liv. 4. tit. 95.; tit. 96. § 9.; Valasc. Patit. Cap. 8. n. 57.; Arouca Alleg. 48. n. 24.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 6.

⁵⁸⁷ Ord. Liv. 4. tit. 95. pr.; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 8. segg.; Maced. Decis. 100.

⁵⁸⁸ Ord. Liv. 4. tit. 95. pr.; Valasc. cit. n. 12. segg.; Cons. 111. n. 2, 4.; Cons. 180; Gama Decis. 97.

que se achar na casa do defunto, sendo maior de 21 annos e capaz de administrar a casa e fazenda do defunto (⁵⁸⁹), e se nem um dos filhos ou outros herdeiros preoccupa a posse de todos os bens, mas cada um se tem empossado d'uma parte d'esses bens, deve qualquer d'elles ser mantido na posse que preoccupou, sem que possa ser expellido d'ella pelos outros coherdeiros (⁵⁹⁰). E em falta de herdeiros nas condições ditas, serve de cabeça de casal o testamenteiro ou o interessado de maior probidade, á arbitrio do juiz (⁵⁹¹).

Não havendo testamenteiro no lugar, nem herdeiro presente, e tenha-se de fazer arrecadação da herança, como jacente, serve de inventariante o curador das heranças jacentes; e na falta d'elle, nos lugares em que não ha juramentado, o juiz nomeia uma pessoa idonea(⁵⁹²).

B) Da viuva cabeça de casal.

§ 87 A viuva, ainda no caso de ser putativo o seu casamento (⁵⁹³), adquire a posse dos bens do casal independentemente de algum facto seu, como um remedio que lhe concede a lei para que, depois da morte do marido, não seja facilmente esbulhada (⁵⁹⁴); e a conserva, posto que passe á segundas nupcias (⁵⁹⁵), exercitando-a sobre todos os bens do casal, sem exclusão d'aquelles que lhe forão obrigados pelo marido por

⁵⁸⁹ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 14; Valasc. Partit. Cap. 4. n. 13.

⁵⁹⁰ Ord. cit. § 9; Valasc. Partit. Cap. 4. n. 14.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 7.

⁵⁹¹ Per. Souz. Liv. Civ. Not. 1021.

⁵⁹² Reg. de 27 de Junho de 1845 art. 3. § 3.

⁵⁹³ Valasc. Partit. Cap. 6. n. 17.; Gama Decis. 89.; Barb. ad Ord. Liv. 4. tit. 46. § 1. n. 2.; Pedr. Barb. in Leg. Si cum dotem § fin. n. 12, 13. D. Solut. matrim.

⁵⁹⁴ Ord. Liv. 4. tit. 95. § 1; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 13. Contudo por virtude desta Ordenação, não pode a viuva cabeça de casal, por autoridade propria, empossar-se dos bens da herança de seu finado marido, achando possuidos por um terceiro; mas deve recorrer ao juiz, usando dos remedios, possessorios legaes, que são os interdictos recuperatorios, como esbulhada da posse em que ficou dos bens do casal, desde o instante do fallecimento de seu marido, salvo se quizer desforçar-se logo nos termos de direito; D. Liv. 43. tit. 16. fr. 3. § 9.; Ord. Liv. 4. tit. 58. § 2.; Valasc. Partit. Cap. 3. n. 10.; Cons. 88. n. 5.

⁵⁹⁵ Valasc. Partit. Cap. 6. n. 60, 61.; Gama Decis. 105.; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 12. n. 17.

alguma divida, até que seja paga ou determinado que não deve ter a tal posse (⁵⁹⁶); e estende-se ainda acerca dos bens alheios que, na constancia do matrimonio, forão melhorados, até que sejam pagas as bemfeitorias (⁵⁹⁷).

Por effeito d'esta posse, compete á viuva, em qualidade de inventariante, a descripção dos bens no inventario, e o uso dos interdictos possessorios *retinendae vel recuperandae possessionis*, contra qualquer que a perturbe no exercicio da sua posse, posto que seja algum dos herdeiros (⁵⁹⁸).

Contudo a posse da viuva não opera outros effeitos que não sejam os declarados na lei; e por isso não pode a viuva inventariante, em nome dos herdeiros, demandar e ser demandada pelas dividas da herança, os quaes devem ser citados e ouvidos em taes casos; e assim observa a praxe (⁵⁹⁹).

Deixa, porém, a viuva de ser socorrida com o remedio da posse:

1.º) Quando o seu casamento não foi contraindo segundo o costume do Imperio, mas conforme o direito commum, com o pacto de ser restituído o dote depois de ser dissolvido o matrimonio, e com

⁵⁹⁶ Ord. Liv. 4. tit. 95 § 1. in fine.; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 27.

⁵⁹⁷ Ord. Liv. 4. tit. 95. § 1.; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 2.; Gama Decis. 4. n. 333. O valor das bemfeitorias avalia-se segundo o tempo em que forão feitas; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 24., e não se compensa com os fructos percebidos, pelo possuidor em vida; Valasc. Partit. Cap. 6 n. 26.

⁵⁹⁸ Ord. Liv. 4. tit. 95. pr. Valasc. Partit. Cap. 6. n. 5.; Cons. 88, 111. n. 19.; Cons. 180; Gama Decis. 4. n. 1.5 Decis. 33. n.1.; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 12. n. 10. A viuva pode usar deste interdicto ainda depois de trinta annos; Phaeb. Part. 2. art. 12.

⁵⁹⁹ Valasc. Partit. Cap. 6 n. 14. Entendem, porém, alguns escriptores, fundados na doutrina do mesmo Valasco Cons. 128. n. 2. e Cons. 38. pr., que a citação dos herdeiros é necessaria sómente nas acções já começadas com o marido predefunto; mas não quanto ás acções novas, em quanto se não faz a partilha, sendo bastante neste caso a citação da viuva cabeça de casal; e que assim se deve entender o mesmo escriptor; Phaeb. Part. 1. aresto 1.; Macedo Decis. 100. n. 5.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 1. n. 15.; Cap. 7. n. 54.; Corrêa Telles Doutr. das Acç. § 288. n. (3) Mas a opinião que me parece mais sã é a que sustenta a generalidade de doutrina no cit. n. 14. Cap. 6. de Partit.; Per. de Carv. Lin. Orph. § 29.

promessa de arras (⁶⁰⁰), salvo acerca dos bens em que por virtude do contracto antinupcial devem ser meeiros o marido e mulher (⁶⁰¹), e bem assim quando no instrumento do contracto dotal se pôz a clausula: Que por morte do marido, fique a mulher na posse e cabeça de casal, como se fôra casada por carta de metade (⁶⁰²); mas em falta d'esta clausula no contracto, não havendo bens no casal que lhe sejam devidos, além do dote, pode reter os bens do marido até que seja paga do dote (⁶⁰³);

2.º) Quando o matrimonio não foi consummado por copula carnal (⁶⁰⁴);

3.º) Quando a mulher, tendo sido accusada pelo marido por adulterio, ou em outra demanda, negou ser casada com elle, e por sua negação fôra absolvida da accusação ou da acção (⁶⁰⁵);

4.º) Quanto aos bens de prazo em que ella não fosse nomeada (⁶⁰⁶); salvo se o marido e a mulher comprarão esses bens na constancia do matrimonio, ou n'elles fizerão bemfeitorias, ou quando, por algum contracto, estejam obrigados á mulher pelo marido ou vice versa com o consentimento do senhorio (⁶⁰⁷);

5.º) Se ao tempo da morte do marido vivia desligada d'elle por sentença de divorcio com separação de bens (⁶⁰⁸).

⁶⁰⁰ Ord. Liv. 4. tit. 95. § 3.; Molina de Just. Trat. 2. Disp. 245. e 322.; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 35, 36, 37.

⁶⁰¹ Ord. Liv. 4. tit. 95. § 3; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 35. Molina de Just. Disp. 322.

⁶⁰² Valasc. Partit. Cap. 6. n. 42.

⁶⁰³ Valasc. Partit. Cap. 6. n. 38.; Molina de Just. Disp. 442. Este direito de retenção parece livre de duvida, considerando-se que o privilegio da posse concedido ás viúvas, por virtude da Ord. Liv. 4. tit. 95. § 3., é diverso da retenção dos bens para segurança do dote porque não tem os mesmos effeitos; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 41.

⁶⁰⁴ Ord. Liv. 4. tit. 95. pr.; Barb. Rem. á Ord. Liv. 4. tit. 95. pr. n. 5.; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 16.; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 12. n. 39.

⁶⁰⁵ Ord. Liv. 4. tit. 95. § 5.; Molina de Just. Disp. 422- vers. *quando mulier*; Guerr. Trat. 2. Liv. 6, Cap. 12. n. 44.

⁶⁰⁶ Ord. Liv. 4. tit. 95. § 1.; Guerr. Trat 2. Liv. 6. Cap. 12. n. 45.

⁶⁰⁷ Ord. Liv. 4. tit. 95. § 1.; Valasc. Partit. Cap. 6 n. 21.

⁶⁰⁸ Se ao tempo da morte do marido vivia a mulher separada d'elle por sentença de divorcio *quod thorum et cohabitacionem*, mas não quanto aos bens, duvidão os

C) Do herdeiro cabeça de casal.

§ 88 Estando vaga a posse da herança pode o herdeiro se empossar d'ella por sua propria autoridade; mas estando occupada por um terceiro, ainda que seja um injusto possuidor, ou mero detentor, não lhe é licito occupa-la, sem que previamente seja esse terceiro citado e obrigado judicialmente á largar a posse por meio dos interdictos possessorios (⁶⁰⁹). Esta regra de direito prevalece ainda depois do Alvará de 9 de Abril de 1754, que fez passar ao herdeiro a posse civil com todos os efeitos da natural, porque a disposição d'este Alvará entende-se *ordine servato*. E nem se lhe pode dar outra interpretação, considerando-se que nos paizes em que vigora o mesmo direito, a posse já occupada por um terceiro, quer em vida, quer ao tempo da morte do defunto, não se transfere ao herdeiro, para o effeito de poder have-la por si mesmo; porque se aquelle, em cujos direitos succedeo, não podia, em sua vida, recobrar a posse, sem usar dos remedios possessorios, tambem o herdeiro, para o mesmo effeito, carece do mesmo remedio (⁶¹⁰).

jurisconsultos, se em tal caso ainda ella pode gozar do privilegio da Ord. Liv. 4. tit. 95. § 1. Fundados na generalidade da citada Ordenação, ibi: *se com ella vivia teuda e manteuda*, Gama na Decis. 97. e outros escriptores, sustentão, por argumento *á contrario sensu*, que a separação dos conjuges por sentença no juizo Ecclesiastico, exclue á mulher do beneficio desta lei, quer tivesse ella dado causa á separação quer o marido. Porém a interpretação da lei com esta generalidade traz o absurdo de sujeitar a mulher á perda de um direito, sem ter feito erro, pela culpa do marido, o que não pode ser a intenção da lei. Portanto aquelle argumento deve prevalecer somente no caso de um e outro cônjuge ter dado causa a separação, como muitas vezes acontece; mas não quando estão separados por juizo da Igreja, e sem culpa da mulher; Valasc Partit. Cap. 6. n. 48. á 50. E quando por effeito da sentença de divorcio procede-se á divisão dos bens no juizo civil, extinguindo-se dess'arte a communhão, cessa então toda a duvida, quer a mulher tenha dado causa ao divorcio, quer não; porque em todo o caso não pode a viuva ficar em posse e cabeça do casal; Barh ad Leg. Solut. matrim. D. Part. 2ª Rubr. n. 59, 60.

⁶⁰⁹ D. Liv. 41. tit. 2. fr. 23. pr.; Ord. Liv. 4. tit. 58. § 3.; Valasc. Partit. Cap. 3. n. 1.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 5.

⁶¹⁰ No direito antigo o remedio que tinha o herdeiro legitimo ou escripto para haver a posse da herança era o interdicto *Adpiscendae*; Cod. Liv. 6. tit. 33. fr. 3.; porque a posse, por direito Romano, não passava aos herdeiros em quanto corporalmente a não apprehendião; Dig. Liv. 41. tit. 2. fr. 23, pr.; fr. 30. § 5. Este interdicto, porém, ficou inutil depois do Alv. de 9 de Novembro de 1854; e Ass. de 16 de Fevereiro de 1786, que fez transmissivel ao herdeiro a posse civil do defunto com todos os efeitos da natural.

Portanto, por virtude do Alvará e Assento citados, em quanto se acha vaga a posse dos bens hereditarios, podem os herdeiros legitimos ou escriptos, entrar na posse d'esses bens por autoridade propria; e quando não queirão entrar por si na posse da

E quando estiver vaga a posse da herança, e um dos herdeiros tiver receio de ser previnido por outro, deve, com a possível brevidade, empossar-se della, ou por sua própria autoridade, ou recorrendo ao juiz para empossa-lo; porque mettendo-se na posse por um d'estes meios, não será mais distituido, sem que seja demandado e convencido por acção competente. Mas se muitos ao mesmo tempo pretendem a posse, e nem um consegue-a pelo modo que fica dito, deve o juiz informar-se por justificação summaria acerca de quem melhor direito tenha, e empossar aquelle que estiver em condições mais vantajozas, usando de um prudente arbitrio. Se houver, porém, receio de que os contendores recorrão aos meios violentos, por serem poderosos e rixosos, convem, para evitar as rixas e arruidos, que se faça sequestro na herança, e nos seus rendimentos, até que o herdeiro á quem de direito pertence a posse obtenha sentença á seu favor (§ 92. n. 7.) ⁽⁶¹¹⁾.

Portanto, se, por morte do pae ou da mãe, um filho ou filha estiver em posse dos bens do defunto, será esse filho ou filha quem deve permanecer como cabeça de casal, e dar partilha de suas mãos, aos outros herdeiros ⁽⁶¹²⁾, não podendo os outros irmãos ou herdeiros pedir a posse

herança, podem recorrer ao Tabellião para empossa-los, mostrando-lhe o testamento; Ord. Liv. 4. tit. 58. § ult. E se depois da morte do defunto, alguma pessoa se metter primeiro na posse de toda, ou de parte da herança, pode o herdeiro desforçar-se logo nos termos da Ord. Liv. 4. tit. 58 § 2., ou usar do remedio da manutenção, não se dando por esbulhado ou espoliado; Alm. e Souz. Interd. Poss. Part 2. Cap. 4 § 47; Morgados Cap. 13. § 4; Fascis. tom. 2. Diss. 8. § 34.

Mas se um terceiro, em vida do defunto, havia occupado a posse não é licito ao herdeiro recorrer á estes meios para se empossar dos bens da herança; contudo pode usar da acção de esbulho, fundando-se na posse civil, por isso que esta tem os effeitos da natural; Arouca á Lei 7. D. de legat. n. 9.; Guerr. Trat. 3. Liv. 6. Cap. 42. n. 14.; Alm. Souz. Trat. dos Praz. § 1304. E a razão é que a posse civil com os effeitos da natural, que, por virtude da lei, passa ao herdeiro logo depois da morte do defunto, não deve prevalecer contra a posse verdadeiramente natural, sem que primeiro seja ouvido e convencido aquelle que a tem; Valasc Cons. 191.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 10. § 3.; Mello Freir. Liv. 4. tit. 6. § 32; Valasc. Partit. Cap. 3. n. 5; Molina de Primog. Part. 3. Cap. 12. n. 7.

⁶¹¹ Ord. Liv. 4. tit. 95. § 2.; Valasc. Partit. Cap. 3. n. 2.1; Cons. 191. n. 38.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 7.

⁶¹² Ord. Liv. 4. tit. 96. § 9.

simultanea dos bens da herança (⁶¹³). Esta disposição da lei, por ser geral, convem que seja observada acerca de quaesquer herdeiros do defunto, quer sejam filhos ou estranhos (⁶¹⁴), quer sejam do sexo masculino ou do femenino, porque é certo em direito que, na materia de que se tracta, a denominação de *filhos* comprehende tambem as filhas (⁶¹⁵).

Entende-se que fica em posse e cabeça de casal o filho ou filha, ou herdeiro que, depois da morte, do pae ou da mãe, entrou logo na administração da casa, como possuidor, praticando todos aquelles actos pelos quaes se exerce a posse, assim como chamando á si as chaves da casa e dos armarios, distribuindo o sustento e o serviço aos escravos e aos criados. Não basta que elle estivesse na casa do defunto durante o tempo do funeral e do luto, ainda é preciso apprehensão da posse (⁶¹⁶) mas não é necessario que faça apprehensão em cada um dos bens existentes na casa ao tempo da morte para que se entenda possuidor de todos os bens da herança; porque seria grande vexação o exigir-se para este effeito a posse corporal de todos os bens, e predios da herança (⁶¹⁷).

Mas se nem um dos herdeiros preoccupou a posse de todos os bens da herança, apossando-se cada um d'uma parte d'elles, em tal caso, devem ficar os bens da herança, assim possuidos por partes, até que se faça a partilha (§ 86) (⁶¹⁸).

II) Dos deveres do cabeça de casal.

A) Em geral.

⁶¹³ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 9.15, 22; Valasc. Partit. Cap. 4. n. 14.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 3. § 15. n. 7

⁶¹⁴ Valasc. Partit. Cap. 4. n. 3.

⁶¹⁵ Valasc. Partit. Cap. 4. n. 4, 5.

⁶¹⁶ Valasc. Partit. Cap. 4. n. 10.

⁶¹⁷ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 15.; Valasc. Partit. Cap. 4. n. 13.

⁶¹⁸ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 9.; Valasc. Partit. Cap. 4. n. 14.

§ 89 A posse do cabeça de casal sobre os bens da herança *pro indiviso*, não tendo outra razão de ser que não seja a conservação d'esses bens com todos os seus rendimentos, em quanto não são partilhados entre os herdeiros, sugeita-o:

1.º) Á comparecer perante o juiz, depois de notificado, para prestar o juramento de inventariante, e dar os bens á inventario (⁶¹⁹);

2.º) Á abreviar e não dilatar a partilha, abstendo-se de mover duvidas em juízo, quer antes, quer depois de começado o processo (⁶²⁰);

3.º) Á conservar em bôa guarda todos os bens da herança, e administra-los com o zelo e cuidado de um bom pae de familia (⁶²¹);

4.º) Fazer a descripção de todos os bens da herança para serem avaliados e partilhados, depois de citados todos os herdeiros (⁶²²);

⁶¹⁹ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4.; Liv. 4. tit. 96. § 2. A notificação se faz depois dos nove dias do nojo; Ord. Liv. 3. tit. 9. § 9.; mas este prazo foi reduzido a 8 dias pela lei de 17 de Agosto de 1761 § 3. O juramento deve ser prestado pela propria parte e não por procurador; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 8. n. 15.; Alm. Souz. Fase. de Diss. 1.; e deferido pelo juiz; Guerr. citado n. 8.; Peg. Jur. Pract. Diss. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 8. n. 12.

⁶²⁰ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 12. E não se acabando a partilha dentro de um anno, procede-se a sequestro na herança, salvo sendo por culpa dos outros herdeiros; cit. § 12.

⁶²¹ Durante o inventario, o cabeça de casal não exerce sobre os bens da herança senão o direito de administração; porque nem a viuva, nem o herdeiro, tem dominio sobre coisa certa; mas sómente, em razão da communhão, uma parte na minima parte d'esses bens; porisso não pode fazer alienação dos bens da herança, nem pagar dividas sem autorização do juiz; Peg. For. Cap. 11. fol. 816. Mas se, contra o direito, o cabeça de casal fizer alienação d'alguns bens, devem ser descriptos no inventario, e computados na sua meia acção ou legitima, par seu justo valôr; Valasc, Cons. 69. n. 23, 24. (§ 56 n. 1.).

⁶²² Ord. Liv. 4. tit. 96. § 2.; Valasc Partit Cap. 7. n. 16.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 9. n. 9. E a lei assim estabeleceo, não em favor do possuidor dos bens da herança, mas para que se evite, quanto fôr possível, que a partilha se faça por partes, acautelando-se o prejuizo que possa ter algum herdeiro; Valasc. Partit. Cap. 7. n. 16. O dar bens a inventario é attribuição privativa do inventariante; nem um outro herdeiro tem direito de descrever bens no inventario, ainda que notoriamente pertenção a herança; mas não lhe compete a descripção dos dotes que os herdeiros receberão; porque estes os devem descrever por si mesmos, debaixo de juramento; Per. de Carv. Lin. Orph. Not. 63, e 119. (§ 105 e 109). Se os filhos e netos negão haver bens para a collação, não ha disputa no inventario, toma-se o termo de declaração debaixo de juramento, com a comminação das penas da lei; Menez. Juiz. Divis. Cap. 2. § 10. Se o inventariante não descreve exactamente todos os bens, incorre nas penas da Ord. Liv. 1. tit. 88. § 9., quer seja o pae, ou a mãe, ou um estranho; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 42. (Veja-se o § 60).

5.º) A dar conta de todos os rendimentos que produzirem os bens para serem igualmente partilhados entre os herdeiros, ainda que sejam provenientes de negociações que fizesse com os bens da herança *pro indiviso* (⁶²³);

6.º) Usar do remedio da mauntenção e de qualquer outro interdicto contra o estranho ou herdeiro que o perturbe na posse dos bens da herança (⁶²⁴).

B) Em particular.

1) Do juramento.

§ 90 O juramento deve ser deferido ao cabeça de casal pelo juiz em pessoa encarregando-lhe que, em bôa consciencia, declare e descreva todos os bens, dando á inventario os moveis com os signaes que os distinguão, e os de raiz com as suas confrontações, e com declaração do lugar em que estão para serem conhecidos á todo o tempo, o não haver confusão ou duvida acerca d'elles; e bem assim todas as dividas que deverem aos orphãos e herdeiros, ou em que elles fôrem devedores á outrem (⁶²⁵), o quaes as cousas alheias que ha no casal e fôrem achadas, dizendo cujas são; e outro sim as escripturas e titulos que pertenção ao

⁶²³ Arouca Alleg. 24. n. 2, 10. Nem é permittido dispensar-se ao cabeça de casal de dar conta dos rendimentos da herança, compensando-se aos outros herdeiros com a posse e rendimentos dos mesmos bens por igual tempo; porque a disposição alternativa da Ord. Liv. 4. tit. 96. § 10., tem sómente lugar quando não existem outros rendimentos percebidos, e o herdeiro responsavel é insolvente, alias não terião fim as partilhas, contra o preceito da Ord. Liv. 4. tit. 96. §§ 12, 22.; Valasc. Partit. Cap. 4. n. 15.; Cap. 22. n. 5. Mas não é obrigado á dar partilha dos rendimentos que podião ser percebidos da casa que habitou durante o inventario, por ser coisa commum, em que tinha parte, salvo se essa casa costumava andar de aluguel, e o cabeça de casal, habitando-a, obistou que desse rendimento; Valasc. Partit. Cap. 4. n. 16 segg.; Egyd. in Leg. ex hoc jure Part. 1. Cap. 6. n. 31, 32.; Cald. de Empt. Cap. 9. n. 19.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 7. n. 16, 17. E levão-se-lhe em conta as despesas uteis e as necessarias que fizer, mas não as voluptuosas ou de mero luxo; Ord. Liv. 4. tit. 96. § 4.

⁶²⁴ Ord. Liv. 4 tit. 95. pr; Per. Souz. Lin. civ Not. 1021.

⁶²⁵ Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 8. n. 12.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 8. n. 8,15.; Alm. Souz. Fase. Diss. 1

casal, com o nome do Tabellião, o dia, mez e anno, e o que contêm cada escriptura, para se saber á todo o tempo quaes e quantas ficarão, e para o cabeça de casal inventariante ou o tutor dar conta d'ellas (⁶²⁶). E acceitando o juramento, fica o inventariante sugeito ás penas de perjuro, de sonegados e as mais das leis, pelas ommissões ou faltas em que fôr achado (§ 60) (⁶²⁷).

N'este termo declara o Escrivão o dia, mez e anno e o lugar em que fôr prestado o juramento; e para authenticidade do acto, assigna o juiz com o inventariante.

2) Das primeiras declarações.

§ 91 Lavrado e assignado o termo de juramento, logo em seguida o escrivão estende um outro termo, em que o inventariante declara o dia, mez e anno em que falleceo o defunto (marido ou mulher &c.) e quantos filhos ou outros descendentes deixou, fazendo-os bem conhecidos por seus nomes idades, sexo, estado e profissões, e bem assim se são emancipados, dementes ou ausentes; e no caso de não ter descendentes, quaes sejam os ascendentes, e na falta d'estes quaes sejam os seus parentes transversaes mais chegados, que devão ser herdeiros de modo que não possa haver duvida sobre a identidade da pessoa; e finalmente se o defunto fez testamento para se juntar uma copia d'elle aos autos do inventario.

Feitas estas declarações, o juiz ordenará ao escrivão que cite á todos os herdeiros e interessados e ao Curador Geral para proceder-se na primeira audiencia á louvação de louvados que avaliem os bens da herança. N'este mesmo acto nomeará tutor aos menores, se ainda não

⁶²⁶ Ord. Liv. 1. tit. 88. §§ 4, 6.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 321.

⁶²⁷ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 9.; Gama Decis. 122, 148.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 36. segg.

tiverem, ao menos interinamente, até que melhores informações hajão para a nomeação definitiva que ordinariamente se faz depois de findo o inventario e sentenciadas as partilhas (⁶²⁸).

III) Do sequestro da posse em que está o cabeça de casal.

§ 92 Posto que deva permanecer a posse do cabeça de casal, em quanto não se concluem as partilhas, contudo perde elle o exercicio d'esse direito, e se faz sequestro em todos os bens da herança nos casos seguintes:

1.º) Quando o inventariante, antes de começar á dar partilha aos herdeiros, allega algumas razões sobre que deva haver demanda(⁶²⁹);

2.º) Quando depois de começar á dar partilha aos filhos ou aos irmãos, ou outros herdeiros, mova calumniosamente duvidas que a dilatem e retardem; e se as partilhas e as duvidas não se findarem dentro de um anno, contado do dia da morte do defunto, procede-se segunda vez á sequestro (⁶³⁰);

3.º) Quando o conjugue sobrevivente allega alguma razão pela qual conclua que lhe pertencem alguns bens que estavam na posse do

⁶²⁸ Ord. Liv. 4. tit. 102. pr.; Guerr. Trat. 3. Liv. 3. Cap. 7. n. 12.; Paiva e Pona Orph. Cap. 8. n. 2.

⁶²⁹ Ord. Liv. 4. tit. 96 § 12. A disposição d'esta Ordenação tem lugar ainda entre herdeiros de herdeiros; Phaeb. Part. 2. arest. 64.; mas não entre socios que fazem partilhas, nem entre donatarios ou cessionarios dos herdeiros; Phaeb. Part. 2. arest 63., nem quando as partilhas são pedidas por via ordinaria, em acção de libello; Phaeb. Part. 1. arest. 90.

⁶³⁰ Ord Liv. 4 tit. 96. § 12.; Valasc. Cons. 79. n. 17.; Reynos. Observ. 37. n. 26.; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 12. n. 52. A razão da lei é que no juizo divisorio evitão-se todas as questões de alta indagação, remetendo-se as partes aos meios ordinarios, para que se proceda desembaraçadamente na divisão ou partilha e sua execução; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 51.; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 267., aliás dar-se-hia occasião á que os herdeiros ou socios fossem privados contra sua vontade do uso da parte que têm na coisa commum, contra o preceito da Ord. Liv. 4. tit. 96. 85 11, 12, 22, 23.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 61.

defunto; e haja receio que por essa causa se levantem rixas e desordens entre os herdeiros (⁶³¹);

4.º) Quando não fez inventario no prazo legal; porque, em tal caso, milita contra elle a suspeita de delapidação, que é a base do sequestro (⁶³²);

5.º) E quando não comparece no termo que se lhe assigna para prestar o juramento de inventariante (⁶³³);

6.º) Quando teme-se a dilapidação dos bens da herança (⁶³⁴)

7.º) Quando muitos herdeiros ao mesmo tempo pretendem a posse da herança, sem que algum a consiga, o haja receio de que os contendores recorram á meios violentos, por serem poderosos e rixosos (§ 86).

CAPITULO QUARTO

DOS ACTOS DO PROCESSO DO INVENTARIO

SECÇÃO PRIMEIRA

DA CITAÇÃO

⁶³¹ Ord. Liv. 4. tit. 95. §§ 2. 3.; Guerr. Trar. 2. Liv. 6. Cap. 12. n. 56. Estes sequestros não se suspendem, nem ainda mediante fiança, como declara a Ord. Liv. 4. tit. 96. § 13.; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 12. n. 54.; Repert. verb. *Juiz das partilhas faz sequestro* Nota (d), nem privão ao possuidor da sua posse; porque as palavras da citada Ordenação do Liv. 4. tit. 96. § 12. ibi: *Será tirada da posse da herança*, se entendem quanto a posse que importa detenção corporea, e não quanto á verdadeira posse; Cald. Quest. For. Cap. 21. n. 4.

⁶³² Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 12. n. 60; Cald. Quest. For. 21. n. 33.

⁶³³ Não comparecendo no termo assignado para prestar juramento de inventariante, julga-se a notificação por sentença; e então, ou se procede á revelia, ou se nomeia outro cabeça de casal para descrever os bens; e assim observa a praxe; Aviso de 21 de Janeiro de 1867; Per. de Carv. Lin. Orph. Nota 60. ao § 25.; Per. e Souz. Lin. Civ. Nota 1021; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 31. in fine (§83).

⁶³⁴ Para que o juiz proceda á sequestro n'este caso, não basta uma simples allegação de dilapidação, é preciso que ella seja suficientemente provada; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 12. n. 59.; Reynos. Observ. 39. n. 44.

Citação o que seja. Suas especies.

§ 93 Citação é o chamamento d'uma pessoa á juízo por mandado do juiz competente, á requerimento de parte interessada ou ex officio para algum acto judicial; e faz-se por simples despacho, por mandado, com hora certa, por precatoria e por Editos (⁶³⁵).

A citação é o fundamento do juízo, e uma das solemnidades indispensaveis d'elle em todas as causas ordinarias, summarias e summarissimas (⁶³⁶), e ainda no juízo *familiae erciscundae* (⁶³⁷). Portanto para o inventario e partilhas devem ser citados todos os herdeiros se estão presentes em lugar certo e sabido, onde bem possam ser citados(⁶³⁸). Mas se algum dos herdeiros está presente e outros ausentes, sem que possam ser assim citados, por ser o lugar em que residem muito remoto ou de difficil accesso, nestes casos faz-se o inventario e as partilhas independentemente da citação dos ausentes sem prejuizo d'elles(⁶³⁹). E assim n'estes, como no caso de existirem ausentes em lugar incerto e não sabido, não é admissivel a citação edital; porque a lei requer, como condições para a citação dos ausentes, que estejam em lugar certo e sabido, e que bem possam ser citados; e por isso, faltando uma destas condições, não é admissivel a citação (⁶⁴⁰).

⁶³⁵ Praxe Bras. §§ 105, 109.

⁶³⁶ Instit. Liv. 4. tit. 16. § 3.; Ord. Liv. 3. tit. 75. pr.; tit. 87. § 1.; Barb. in Leg. Si quis posteaquam D. Jud. n. 26.

⁶³⁷ Ord. Liv. 4. tit. 96. §§ 1, 2.; Molina de Just. Disp. 245. n. 3.; Valasc Partit. Cap. 7. n. 1.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 9. n. 8.; Mello Preir. Liv. 3. tit. 12. § 4.

⁶³⁸ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 2. 3. ibi: *onde quer que estê*; Valasc. Partit. Cap. 7. n. 1.; Coelho da Rocha § 488.

⁶³⁹ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 2.; Valasc. Partit. Cap. 7. n. 10.; Per. de Carv. Lin. Orph. Not. 79.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 4. Posto que Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4- n. 55.; Phaeb. Part. 1. Arest. 28, e outros sustentem que, achando-se algum dos herdeiros em lugar certo, mas ou muito remoto ou de difficil accesso, pode-se proceder ao inventario, ficando sobrestada a partilha, até que sejam citados todos os ausentes; todavia esta praxe, além de ser contraria á disposição expressa da Ord. Liv. 4, tit. 96. § 2., ainda pode ser prejudicial aos herdeiros presentes, ficando privados portanto tempo do gozo de seus bens; Valasc. Partit. Cap. 7. n. 11.

⁶⁴⁰ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 2.; Per. de Carv. Lin. Orph. not. 80. Alguns escriptores, Guerreiro Trat. 2. Liv. 3. Cap. 9. n. 19. e outros, pensão como cousa certa que no caso

E quando fallce alguma pessoa, cujos bens devão ser considerados como de defuntos e ausentes, na forma das leis e Regulamentos do Governo (⁶⁴¹), procede-se logo pelo juizo dos Orphãos e ausentes á nomeação d'um curador á esses bens, e á arrecadação e inventario d'elles, providenciando-se mais ai respeito da administração e apuração do mesmos (⁶⁴²).

Dos requisitos da citação para o juizo das partilhas.

§ 94 A citação tem requositos internos e externos. Os requisitos internos da citação para o inventario e partilhas são: 1.º) o nome do juiz e o da pessoa que a requer e o dos herdeiros que devem ser citados (⁶⁴³); 2.º) a causa e o fim para que se faz a citação (⁶⁴⁴); 3.º) o lugar; o dia e a hora do comparecimento (⁶⁴⁵). Os requisitos externos são: 1.º) o requerimento da parte interessada, se não fôr deliberada *ex officio* (⁶⁴⁶); 2.º) o despacho do juiz competente (⁶⁴⁷); 3.º) que seja executada por officiaes do juizo com as solemnidades legaes (⁶⁴⁸). Sendo a citação por precatoria, determina-se o dia em que deve comparecer o citado perante o juiz deprecante, assignando-se-lhe um termo razoavel e

de ausencia de algum dos herdeiros em lugar incerto e não sabido, faz-se a citação por Editos, justificando-se a ausencia, e nomeando-se ao ausente um curador que o represente no inventario; e que as partilhas assim feitas lição firmes e valiosas. A' esta opinião, porém, resiste a disposição expressa da lei, e a doutrina de Valasc Partit. Cap. 7, n. 13, 14.

A nomeação de um curador que falle pelo ausente no processo do inventario e partilhas, tem sómente lugar nos casos previstos pelo art. 2. do Reg. de 9 de Maio de 1842 e art. 9 do Reg. de 15 de Junho de 1859.

⁶⁴¹ Reg. de 15 de Junho de 1859. art. 1, 2.

⁶⁴² Reg. de 15 de Junho de 1859. art. 20.

⁶⁴³ Ord. Liv. 3. tit. 1. § 5.; Barb. Rem. á Ord. Liv. 3. tit. 1. § 5. n. 6.

⁶⁴⁴ Ord Liv. 3. tit. 1. § 5.; Barb. cit. n. 8.

⁶⁴⁵ Ord. Liv. 3. rit. 1. § 5.; Barb. cit. n. 13. No despacho para a citação declara-se o lugar, o dia e hora do comparecimento; porque o inventario é um acto extrajudicial; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 6. n. 8. O prazo assignado deve ser rasoavel, e por estilo não excede de 6 á 8 dias.

⁶⁴⁶ Per. e Souz. Lin. Civ. Not. 197.

⁶⁴⁷ Ord. Liv. 3. tit. 75. pr.; tit. 87. § 1.

⁶⁴⁸ Per. e Souz. Lin. Civ. Not. 198, 199.

proporcionado á distancia; e bem assim deve conter os termos rogatorios do estylo e convenientes á autoridade á quem se depreca (⁶⁴⁹).

Das pessoas que devem ser citadas para o inventario.

§ 95 Sendo a citação o principio e o fundamento do juizo (⁶⁵⁰), e não podendo fazer-se a partilha da herança por partes, nem mais de uma vez (⁶⁵¹); requer-se como solemnidade substancial do juizo *familia erciscundae* a citação pessoal do cabeça do casal e de todos os herdeiros maiores que estiverem na livre administração de seus bens, e não só o marido, assim como a mulher, se fôrem casados segundo o costume do Imperio, ou tiverem parte nos bens adquiridos na constancia do matrimonio (⁶⁵²); e na pessoa dos seus tutores e curadores, todos aquelles que por impedimento da natureza ou da lei, não podem estar por si em juizo, assim como os furiosos, mentecaptos, prodigos julgados por sentença, menores e outros á elles equiparados, com a differença de que os menores puberes são tambem citados em pessoa (⁶⁵³).

Os filhos familias, porém, são citados na pessoa de seu pae; mas sendo puberes, são tambem citados na propria pessoa, nomeando-se á todos, puberes ou impuberes, um curador á lide, bem como aos que são orphãos; e assim observa a praxe, ainda no juizo das partilhas, sem que se attenda a circumstancia de ser ou não o pae usufructuario dos bens do filho (⁶⁵⁴). Mas não é necessario que sejam citados:

⁶⁴⁹ Ord. Liv. 3. tit. 1. § 5, 18.; Liv. 4. tit. 96. 8 3. ibi: *...o tempo que lhe fôr assignado*; Praxe Brasil. § 112.; Mor. Exec Liv. 6. Cap. 1. n. 47.

⁶⁵⁰ Inst.it. Liv. 4. tit. 16. § 3.; Valasc. Cons. 81. n. 1.

⁶⁵¹ Valasc. Partit. Cap. 7. n. 3.

⁶⁵² Ord. Liv. 4. tit. 96. §§ 2, 9, 14, 15.; Valasc Cons. 52. n. 25; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 10.; Molina de Just. Disp. 245. vers. *Quando partitio*.

⁶⁵³ Ord. Liv. 3. tit. 41. §§ 8, 9.; Valasc. Partit. Cap. 7. n. 42.

⁶⁵⁴ Ord. Liv. 1. tit. 88. §§ 8. 9.; Valasc. Partit. Cap 7. n. 42, 43, 44.; Cald. ad Leg. Si. Curat. Cod. de in integr. Restit. pr.n. 34.; Guerr. Trat. 3. Liv 2. Cap. 1. n. 68. Quando ha

1.º) Os credores e legatarios de quantidade ou ou de coisa certa (⁶⁵⁵);

2.º) Os substitutos fideicommissarios (⁶⁵⁶).

Cita-se ao cabeça de casal para vir tomar juramento de inventariante, declarar os herdeiros, e descrever os bens da herança, sob pena de ser demandado por sonegados, e de sequestro (§ 90); e aos herdeiros, se fôrem descendentes e tiverem bens á conferir, para trazerem-nos á collação dentro do prazo que lhes fôr marcado, pena de serem demanda-dos por sonegados (§ 105); e á todos para se louvarem em louvados que avaliem os bens da herança e virem seguir os mais termos do Processo (§ 97).

Quando a Fazenda publica é interessada pelo pagamento da decima ou taxa de heranças e legados, deve ser tambem citado o Procurador Fiscal, que e ouvido como qualquer herdeiro sobre as avaliações dos bens hereditarios e mais termos do inventario (⁶⁵⁷), menos se fôr sómente interessada pelo pagamento do sello dos quinhões hereditarios (⁶⁵⁸).

no juizo dos Orphãos um Curador Geral juramentado para todas as causas, este é quem officia como curador a lide (§ 76 e segg).

⁶⁵⁵ Avis. de 28 de Novemb. de 1834.; Valasc Cons. 52. n. 21.; Phaeb. Decis. 126. n. 5. 6.; Alm. e Souz. Not. a Mello Liv. 3. tit. 6. § 9. nota; Per. de Carv. Lin. Orph. Nota 82. Esta é a praxe do nosso fôro, que tem prevalecido contra o fr. 7. tit. 50. do Cod. Liv. 6. tit. 50. in Auth. sed testator vers. *hac quoque adhibita*; Peg. For. Cap. 36. n. 98.

⁶⁵⁶ Basta que seja citado o herdeiro gravado á quem foi daixada a terça, ou uma parte dos bens durante a sua vida, não sendo necessario que o seja o substituto; porque seu interesse é secundario e de futuro; e pode acontecer que falleça em vida do gravado, ficando d'ess'árte irritado o fideicommisso; D. Liv. 35. tit. 1. frag. 79.; Liv. 36. tit. 2. fr. 4.; Valasc. Partit. Cap. 7. n. 36.

⁶⁵⁷ Ordem de 2 de Setemb. de 1856; Reg. N.º 156 de 28 de Abril de 1842. art. 1.; Perd. Malh. Man. do Proc. dos Feitos da Faz. § 409.

⁶⁵⁸ Perd. Malh. cit. Not. 734.

SECÇÃO SEGUNDA

Da habilitação dos herdeiros.

§ 96 No juizo das partilhas não se fazem habilitações dos herdeiros por artigos; porque neste juizo não ha petitorio, nem condemnação; é um juizo summario em que se tracta sómente de partir bens entre herdeiros, cuja successão é reconhecida sem impugnação (⁶⁵⁹).

Os herdeiros se habilitão pela confissão expressa ou tacita dos coherdeiros, independentemente de discussão e sentença. Aquelle que requer a partilha da herança, logo declara quaes são os herdeiros; e o mesmo faz o cabeça de casal, quando presta juramento para o inventario. Se os herdeiros, sendo citados, comparecem no juizo divisorio e não impugnaõ a successão, ficão por esse facto habilitados herdeiros. Ainda depois de reconhecidos todos os herdeiros, se fallece algum delles, não é necessario que seus herdeiros se habilitem por artigos. Por quanto, se

⁶⁵⁹ Menez. Juiz. Devis. Cap. 2. § 36. Não ha razão alguma que justifique a habilitação por artigos no juizo das partilhas; e ainda nos processos de petitorio em que ha absolvição ou condemnação, não manda a lei formar artigos, senão citar ou chamar os herdeiros d'quelle que se finou para com elle continuar o feito, e tal é a disposição expressa da Ord. Liv. 3. tit. 27. § 2.... *até que os herdeiros d'aquelle que se finou sejam novamente citados...* Com esta Ordenação concorda a do mesmo livro tit. 82. pr.... *e não se procederá mais pelo feito em diante até que sejam chamados os herdeiros do defunto.*

Mas como estas Ordenações fallão tão sómente do litigante sobrevivente que quer andar com a causa, deixou omissa o caso de fallecer aquelle, cujos herdeiros querem proseguir no feito.

Das citadas Ordenações nasceu a praxe de que falla Cabedo Part. 1. Decis. 197. n. 11., que admittia artigos de habilitação quando fallecia alguma das partes e os herdeiros querião andar com a causa; porque, como vinhão á juizo sem serem citados ou chamados, se habilitavão á si proprios por artigos, justificando a qualidade de herdeiros com que vinhão. E ainda n'este caso não era preciso formar artigos, se a prova não se rondava em depoimentos de testemunhas, sendo bastante offerecer documentos para prova da successão; e se a parte tinha que oppôr, deduzia por embargos, aliás entendia-se tacitamente feita a legitimação da pessoa. Mas se uma parte habilitava á outra, observava-se geralmente a letra da Ordenação, não se formavão artigos, bastava a citação ou o chamamento dos herdeiros. Esta mesma praxe ainda ensina Silva á Ord. Liv. 3. tit. 27. § 2. n. 25. Barb. Rem. á Ord. Liv. 3. tit. 82. pr.

Contudo a praxe de hoje observa em todo o caso a habilitação por artigos, quer no em que o autor ou o réo quer habilitar aos herdeiros do seu contendor fallecido, quer no caso em que cada um destes se quer habilitar a si proprio; Portug. de Donat. Liv. 2. Cap. 20 n. 33; Mend. Part. 1. Liv. 3. Cap. 21. n. 3, 4.

morre antes de inventariados e avaliados os bens, basta que seja citado o successor para o juizo divisorio, ou que este requeira que se lhe tome termo de acceitação da herança para que fique habilitado herdeiro, e se morre depois de inventariados e avaliados, neste caso não é necessario citar o successor; pode fazer-se a partilha, e habilitar-se depois de feita para tirar a sua folha ou Carta de partilha.

E se os herdeiros do herdeiro comparecem no juizo das partilhas, e os outros coherdeiros os reconhecem successores do defunto, por esse mesmo reconhecimento ficão habilitados no processo; mas havendo algum que se opponha, negando-lhes a qualidade de herdeiros, e não podendo o juiz conhecer da questão, por depender de alta indagação e decisão no juizo contencioso, então é necessario que se habilitem no juizo competente pela acção de petição de herança para que com a sentença voltem, e sejam admittidos no juizo divisorio.

SECÇÃO TERCEIRA

DA LOUVAÇÃO

Nomeação dos louvados.

§ 97 Feita a citação para a louvação, e comparecendo os herdeiros, na audiencia aprazada, o juiz manda que elles declarem se querem ser herdeiros d'aquelle de cuja herança se tracta; e de suas declarações lavra-se um termo que todos assignão (⁶⁶⁰). Se os herdeiros fôrem menores, deve ser lavrado este termo, que se diz de addição da herança, com assistencia do tutor ou do curador (§ 4. n. II)

Não tendo passado as Camaras actuaes a attribuição que tinham as antigas Camaras de nomearem e juramentarem peritos das

⁶⁶⁰ Valasc. Partit. Cap. 7. n. 23.; Per. e Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

artes e officios para servirem nas avaliações, prevalece a praxe de nomearem as partes os seus louvados pela forma seguinte (⁶⁶¹):

O cabeça de casal propõem trez pessoas que estejam nas condições de serem louvados (⁶⁶²), e dos tres propostos os herdeiros maiores escolhem um d'elles; e á seu turno os herdeiros propõem outros tres, e d'estes o inventariante elege um (⁶⁶³). Havendo menores interessados, é o juiz quem nomeia o louvado por parte d'elles, ouvindo o tutor e o Curador Geral, que sempre devem ser citados para esse acto(⁶⁶⁴).

Quando não comparecem os herdeiros na audidencia para que forão citados, ou quando comparecem e não querem se louvar, passa o direito de escolha ao juiz que faz a nomeação dos louvados, ouvindo ao Curador Geral (⁶⁶⁵) N'o acto da nomeação o juiz tem o direito de regeitar os nomeados e acceitos, quando sejam inhabeis ou tenham impedimento legal, como se forem dementes, menores, parentes proximos, inimigos, partidores do juizo ou se tiverem sido testemunhas na causa e outras semelhantes (⁶⁶⁶).

Nos grandes inventarios em que ha objectos diversos, nomeão-se tantos louvados quantos são os objectos de differente natureza, que se tem de avaliar; mas para as peças miudas, cujo valor não excede a 10\$000 e quando são poucos os bens da herança, dous

⁶⁶¹ O Alvará de 21 de Junho de 1759 mandava que o juiz do inventario nomeasse para avaliadores os juizes dos officios; mas estes juizes deixarão de existir por virtude do art. 179. § 25. da Constituição do Imperio. Tambem não existem avaliadores nomeados pelas Camaras de que tratão a Ord. Liv. 3. tit. 17. § 1. e Alvará de 25 de Agosto de 1774, §§ 29, 30, porque as actuaes Camaras Municipaes não tem esta attribuição pela Lei do 1o de Outubro de 1828; e assim o tem entendido e declarado os Avisos de 24 de Abril de 1852; de 3 de Outubro de 1855, e de 30 de Agosto de 1858.

⁶⁶² Os louvados devem ser visinhos do lugar e entendidos nas cousas que vão avaliar; Reg. de 10 de Outubro de 1754; Alvará de 21 de Junho de 1759; mas não é de rigor que sejam mestres de officio; Aviso de 3 de Outubro de 1855.

⁶⁶³ Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 21. n. 25.; Alm. Som. Trat. das Aval. § 123.

⁶⁶⁴ Menez. Juiz. Divis. Cap. 2. § 6.

⁶⁶⁵ Ord. Liv. 3. tit. 17. § 2.; tit. 41.; Valasc Partit. Cap. 9. n. 22.; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 21. n. 25.; Per. de Carv. Lin. Orph. Not. 88.

⁶⁶⁶ Lei de 21 de Janeiro de 1759, Valasc. Partit. Cap. 9. n. 3.; Per. de Carv. Lin. Orph. Part. 1. Not. 89.

bastão para todas as avaliações, podendo os avaliadores se informar sobre o valor daquelles de que não tiverem conhecimento, ouvindo o juizo de pessoas entendidas (⁶⁶⁷).

Faltando ou averbando-se de suspeito algum dos avaliadores depois de feita a louvação e antes de avaliados os bens, para supprir a sua falta, nomea-se outro com as mesmas formalidades (⁶⁶⁸).

Do juramento aos louvados

§ 98 Feita a louvação notifica-se aos nomeados para prestarem o juramento, que deve ser defirido pelo juiz em pessoa (⁶⁶⁹).

O juramento que prestão é de bem e fielmente, sem dolo, nem malicia, avaliarem e estimarem conforme a lei e os costumes do lugar as cousas que lhes forem apresentadas. Um só termo basta para fazer constar o juramento de todos, o qual deve ser rubricado pelo juiz e assignado pelos juramentados.

Deferido o juramento aos louvados, o Escrivão faz logo conclusos os autos; e o juiz por seu despacho delibera a deligencia e designa o lugar, dia e hora em que devem comparecer os louvados e as partes, fazendo-se para esse fim as citações e notificações necessarias.

Se os avaliadores nomeados são obrigados á acceitar a nomeação

§ 99 Quando ha avaliadores juramentados pela autoridade para servirem nas avaliações, que se fazem nos juizos, sendo escolhidos

⁶⁶⁷ Per. de Car. Lin. Orph. Not. 129.

⁶⁶⁸ Per. de Carv. Lin. Orph. § 46.

⁶⁶⁹ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 5., Liv. 3. tit. 17. § 1.; Liv. 4. tit. 1. § 1.; Auth. Decernit. Cod. de recept. arbitr.; Mend. Part. 1. Liv. 3. Cap. 21. n. 7.

pelas partes, não podem se recusar de dar o seu laudo, á não ser por causa justa de suspeição jurada; porque este officio é um onus publico pessoal, cujo exercicio é obrigatorio. Mas em falta de louvados juramentados, louvando-se as partes em pessoas idoneas, posto que acceitas pelo juiz, podem livremente se escusar de servir, por ser um officio voluntario, que não está sugeito á jurisdicção do juiz, salvo sendo nomeadas por emprezarios das Companhias de estradas de ferro, ou pelos proprietarios, para a avaliação de terrenos e predios desapropriados que tem de ser indemnizados á seus donos, cuja nomeação é obrigatoria sob pena de multa e prisão (⁶⁷⁰). Mas em todo o caso, depois de acceita a nomeação, faz-se obrigatoria pelo juramento prestado, e desde então podem os nomeados ser compellidos pelo juiz á cumprir o seu dever, até com prisão, não tendo justa causa de escusa (⁶⁷¹).

No caso de não haver quem queira acceitar a nomeação, o juiz interpõem o seu officio (⁶⁷²).

Das recusações e suspeições

§ 100 Os avaliadores podem ser recusados ou averbados de suspeitos pelas partes (⁶⁷³). Quando são nomeados *ex officio*, á revelia das partes, podem ser logo recusados, antes que comecem á exercer o officio, jurando o recusante a razão da recusa; mas depois de juramentados não podem mais sê-lo senão por justa causa, sendo provada. As causas da suspeição dos louvados são as mesmas que fazem suspeitos os juizes e Magistrados (⁶⁷⁴).

⁶⁷⁰ Decr. N° 1664 de 27 de Outubro de 1855. art. 10, 11.

⁶⁷¹ Valasc Partit. Cap. 9. n. 3.; Mend. Part. 2.Liv. 3. Cap. 21. n. 25.

⁶⁷² Arg. do frag. 14. § 6. tit. 4. do Liv. 50. do Dig.; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 5.

⁶⁷³ Ord. Liv. 3. tit. 17. § 1.; Per. Souz. Lin. Civ. Nota 1021.

⁶⁷⁴ Cod. Liv. 3. tit. 1. fr. 16. e tit. 9. fr. 1. Auth. offeratur; Valasc Partit. Cap. 9. n. 25. O avaliador não pode servir com escrivão seu cunhado; Aviso de 7 de Julho de 1859.

Quando são eleitos pelas partes, depois de reciprocamente acceitos, não é mais admissivel recusação, ou suspeição, a menos que se não mostre causa justa della, nascida posteriormente á louvação (⁶⁷⁵).

O juiz competente para conhecer das suspeições é o mesmo juiz do feito (⁶⁷⁶). Deduzida a suspeição, o juiz delibera se procede ou não. Sendo improcedente a suspeição, o juiz a despreza *in limine* e manda seguir a causa seus termos; e no caso affirmativo marca um prazo breve em que o recusante deve offerecer a sua prova; e em vista della e das diligencias a que mais proceder, dará a sua decisão (⁶⁷⁷).

Do terceiro louvado

§ 101 Quando os louvados discordão sobre as avaliações, nomeia o juiz um terceiro o mais a aprazimento das partes que fôr possível (⁶⁷⁸). Por praxe se todos concordão em uma pessoa, esse é o nomeado, sendo para isso pertencente; e em falta de accordo cada uma das partes propõem tres nomes nas condições legaes, e dos seis propostos o juiz escolhe um delles, e se não querem propôr, o juiz por si só faz a nomeação (⁶⁷⁹).

Este terceiro é obrigado á conformar-se com um dos laudos, porque o seu officio não é fazer uma avaliação nova, senão julgar qual dos

⁶⁷⁵ Valasc. Partit. Cap. 9. n. 25.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 11. n. 9. 14, 15.; Alm. Souz. Trat. das Aval. § 127.

⁶⁷⁶ Ord. Liv. 4. tit. 17. § 1. Esta Ordenação falla especialmente dos avaliadores juramentados pelas Camaras das Cidades ou Villas; mas sendo omissa acerca das suspeições dos eleitos pelas partes, a practica observa, ainda quanto á estes, a mesma disposição; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 36.

⁶⁷⁷ Praxe Brasil. § 207.

⁶⁷⁸ Ord. Liv. 3. tit. 17. § 2.; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 21. n. 26.

⁶⁷⁹ Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 1. §§ 6, 7, 8. n. 113. pag. 267.; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 6.; Praxe Brasil. § 205.

laudos é mais razoavel (⁶⁸⁰), sem que fique sugeito ás penas da lei pelo seu laudo, pois que unicamente recahem no louvado á quem elle accedeo (⁶⁸¹).

Se os primeiros louvados discordão sómente sobre o valor de algumas cousas, e accordão acerca das outras, o terceiro dá o seu parecer unicamente sobre as cousas diversamente avaliadas ou arbitradas (⁶⁸²).

SECÇÃO QUARTA

DA DESCRIÇÃO DOS BENS

Quaes os bens que devem ser descriptos no inventario

§ 102 Feita a louvação e constando dos autos as citações e notificações ás partes e aos louvados, procede-se á descripção dos bens do casal. No dia aprazado e lugar designado, estando presentes o escrivão, as partes, ou á revelia dellas, manda o juiz ao cabeça de casal fazer a descripção de cada um dos bens da herança, lavrando-se de tudo um auto circunstanciado, com declaração do lugar, dia, mez e anno, o qual assigna com as partes presentes (⁶⁸³).

No inventario devem ser descriptos, não só os bens moveis semoventes e de raiz, direitos e acções e tudo quanto forma o patrimonio do defunto (⁶⁸⁴), mas tambem as dividas passivas, e ainda as cousas litigiosas, penhoradas e sequestradas (⁶⁸⁵).

⁶⁸⁰ Ord. Liv. 3. tit. 17. § 2.; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 7, 10.; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 21. n. 27.; Peg. cit. n. 114, 115. pag. 267.

⁶⁸¹ Lei de 14 de Outubro de 1773. § 1.; e de 20 de Junho de 1774, § 12.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 12. § 11.; Per. e Souz. Lin. Civ. Nota 1021.

⁶⁸² D. Liv. 4. tit. 8. fr. 32. § 15.; Barb. Rem. a Ord. Liv. 3. tit. 17. § 2. n. 3.; Silv. á cit. Ord. n. 11.

⁶⁸³ Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 7. n. 1.

⁶⁸⁴ Cod. Liv. 6. tit. 30. fr. 22.; Liv. 9. tit. 49. fr. 7.; Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4.; Valasc. Cons. 52. n. 10.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 9. n. 1. O citado fragmento 7., posto que trate do

Os bens que em qualquer tempo e por qualquer titulo, vêm posteriormente ao menor, se addicionão ao inventario dentro de trinta dias (⁶⁸⁶). As cousas alheias, porém, não se descrevem, salvo se existião em poder do defunto á titulo de deposito, emprestimo ou por qualquer outro precario (⁶⁸⁷) e as pertencentes á herança, mas que estavam fóra do patrimonio do defunto e doadas, ou dotadas aos filhos, são descriptas e conferidas por estes (⁶⁸⁸).

Todas as cousas dadas á inventario, devem ser descriptas separadamente, declarando-se, quanto aos immoveis, suas confrontações, extensão e situação; quanto aos moveis e semoventes, seus signaes caracteristicos, que os fação bem conhecidos em todo o tempo, e todos com as qualidades e circunstancias que possam influir no augmento ou diminuição do seu valor, assim como se são bens onerados com alguma servidão ou pensão etc (⁶⁸⁹).

Nos direitos e acções comprehendem-se:

inventario dos bens dos proscriptos, é applicavel a todos os inventarios; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 1, 2.

⁶⁸⁵ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4.; Peg. ao § citado n. 319. Descreve-se no inventario as cousas litigiosas, penhoradas ou sequestradas; porque nem o litigio, nem a penhora, nem o sequestro, tira o direito de quem o tem; e por isso são descriptos com essa qualidade; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 67.; Reynos. Observ. 37. n. 13.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 10. n. 28.; Oliveira de Muner. Prov. Cap. 1. add n. 1. E ainda quando haja litigio sobre a validade do testamento, não se deixa de proceder á inventario dos bens da herança; mas suspende-se a partilha até a decisão da causa de nullidade; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 9.; Valasc Cons. 90. Isto, porém, entende-se quando o testador não deixa herdeiros necessarios; porque, havendo herdeiros desta especie, suspende-se a partilha sómente quanto á terça do testador; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 66. (§ 28).

⁶⁸⁶ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 7.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 7. n. 9.; Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1. tit. 27. § 236. n. 10.

⁶⁸⁷ Valasc. Cons. 52. n. 10.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 11.; Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4. Quando sejam descriptos alguns bens alheios, declara-se de quem o são, porque causa vierão ao poder do defunto, e se os herdeiros tem algum direito á elles.

⁶⁸⁸ Ord. Liv. 4. tit. 97.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 10.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 8.

⁶⁸⁹ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4.; Cod. Liv. 9. tit. 49. fr. 7.; Leit. Fin. Regund. Cap. 3. n. 15.; Per. de Carv. Lin. Orph. Nota 97.

1.º) As dividas activas, ainda que não constem por escripturas publicas, ou particulares, ou que os devedores sejam insolventes, mas com a respectiva declaração (⁶⁹⁰);

2.º) As acções eventuaes que dependem de se verificar a condição, assim como o fideicommisso ou o legado condicional (⁶⁹¹);

3.º) O usufructo, uso e habitação e quaesquer outras servidões transferiveis aos herdeiros (⁶⁹²);

4.º) Os renditos annuaes, fóros e pensões (⁶⁹³);

5.º) A herança deferida ao defunto ao tempo da sua morte, e ainda não acceita por elle (⁶⁹⁴);

6.º) Devem ser igualmente descriptos no inventario os bens pertencentes á herança; mas que, depois da morte do inventariado, forão consumidos, ou deteriorados, por algum dos herdeiros, afim de serem os outros herdeiros indemnizados desses bens, e dos seus rendimentos (⁶⁹⁵);

Começa a descripção dos bens pelas peças de ouro, prata, joias preciosas e outros moveis; e concluida a dos moveis, segue-se a dos bens de raiz e por ultimo dos direitos e acções (⁶⁹⁶);

Costuma-se, porém, reservar no juizo do inventario uma cama para a viuva, se os herdeiros não impugnão, e as roupas do uso, não sendo de grande preço (⁶⁹⁷);

⁶⁹⁰ Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 11.; Peg. ad Ord. Liv. 1- tit. 87. § 4 n. 335.; Oliveira de Mun. Prov. Cap. 1. add n. 3.

⁶⁹¹ Guerr. Trat. 1. Liv. 1, Cap. 10. n. 57.

⁶⁹² Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 73.

⁶⁹³ Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 59.

⁶⁹⁴ Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 69.

⁶⁹⁵ Valasc Partit. Cap. 8. n. 56.

⁶⁹⁶ Per. e Souz. Liv. Cin. Nota 1021.

⁶⁹⁷ Guerr. Trat 1. Liv. 1. Cap. n.; Per. Souz. Lin. Civ. Nota 1021.

Como se procede quando ha duvida entre os herdeiros sobre pertencerem ou não alguns bens á herança.

§ 103 Se a viuva inventariante, ou outro cabeça de casal, quizer descrever no inventario alguns bens, como pertencentes á herança, e um dos filhos ou coherdeiros se oppõem a que sejam inventariados, allegando que são seus proprios, ou que lhe forão legados, ou que o defunto tinha em seu poder por emprestimo, deposito, ou por outro titulo precario; não deve o juiz facilmente attender á taes allegações, quando destituidas de provas, perturbando a marcha do inventario, nem despreza-las sem exame, mandando descrever no inventario bens alheios, á arbitrio do inventariante, em prejuizo dos seus donos; pelo que cumpre que observe o seguinte:

1.º) Quando consta evidentemente por confissão dos herdeiros, sentença ou justificação summaria, que os bens reclamados não pertencem á herança, devem ser excluidos logo do inventario; mas não adjudicados áquelle que diz serem seus; porque o juiz do inventario não pode julgar de questões acerca de bens que não são da herança (⁶⁹⁸);

2.º) Quando não consta evidentemente se os bens questionados são ou não da herança; mas sendo o negocio duvidoso, por serem divergentes os pareceres dos herdeiros, dependendo a decisão de alta indagação em taes circunstancias: Se os bens forão achados no patrimonio do defunto, e possuidos por elle ao tempo de sua morte, devem ser descriptos no inventario, e partilhados entre os herdeiros, segundo a regra: *Qualem te invenio, talem te judico* (⁶⁹⁹); e se não forão achados na herança, nem existem em poder do inventariante, mas na

⁶⁹⁸ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4. ibi... *alheios*; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 51.; Ayora Partit. Cap. 3. n. 36.

⁶⁹⁹ D. Liv. 47. tit. 10. fr. 15.; Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 51.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 90.

posse de algum dos herdeiros, que diz serem seus, devem ser excluídos do inventário e partilhas, deixando-se direito salvo á quem o tiver (⁷⁰⁰);

3.º) E quando o herdeiro allega que os bens reclamados lhe forão deixados em terça, devem ser descriptos e avaliados para vereficar-se se cabem ou não na terça (⁷⁰¹).

SECÇÃO QUINTA

DAS COLLAÇÕES

O que seja collação

§ 104 Collação é o acto pelo qual o herdeiro, filho ou outro descendente, traz á massa commum dos bens da herança do pae ou da mãe, ou outro ascendente, o que recebeo do casal em vida de qualquer delles, para se dividir com os mais bens da herança entre todos os filhos ou outros descendentes do inventariado (⁷⁰²).

No direito patrio, a collação tem seu fundamento na presumpção de que as vantagens feitas em vida pelos paes aos filhos que lhes hão de succeder, não forão mais que uma entrega antecipada dos bens que lhes pertencem na herança, e que tudo deve reverter á mesma herança, como se lhes não tivesse pertencido por titulo singular; e seu fim é a igualdade da partilha entre os filhos e quaesquer outros descendentes (⁷⁰³); e por isso todas as doações e dotes feitos pelos paes aos filhos,

⁷⁰⁰ Argum. do frag. 8. tit. 34. Liv. 3. do Cod; e neste caso procede a decisão do texto do Dig. Liv. 10 tit. 2. fr. 45.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 53.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 93.; Alm. Souz. Acç. Sum. § 331. Not.

⁷⁰¹ Valasc Partit. Cap. 8. n. 51.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 91.

⁷⁰² Ord. Liv. 4. tit. 97. pr.; Cod. Liv. 6. tit. 20. fr. 18.; Novella 18. Cap. 6.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

⁷⁰³ Ord. Liv. 4. tit. 97.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 12.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 10.

julga-se constituídos sob a condição tacita de serem conferidos depois da morte do doador, ou dotador (⁷⁰⁴).

Quaes as pessoas obrigadas á collação

§ 105 Como não se procura o rigor da igualdade da partilha entre herdeiros senão quando se trata da successão dos descendentes, tem lugar a collação sómente nas heranças dos ascendentes e entre filhos e netos. E são obrigados á conferir não só os legitimos e legitimados *per subsequens matrimonium*, que são em tudo equiparados aos legitimos, como também os naturaes quando tem direito de succeder *ab intestado* ao pae ou á mãe (⁷⁰⁵). A obrigação de conferir estende-se aos descendentes, quer sejam emancipados ou sujeitos ao patrio poder, quer succedão *ab intestado* ou por testamento (⁷⁰⁶).

Portanto não tem lugar a collação:

1.º) Entre herdeiros extranhos instituídos em testamento, nem entre filhos e extranhos; mas n'este segundo caso os filhos conferem entre si (⁷⁰⁷);

2.º) Nem entre ascendentes, nem entre collateraes (⁷⁰⁸);

3.º) Nem entre filhos naturaes que não tem direito á legitima *ab intestado*, ou concorrão sós ou com filhos legitimos (⁷⁰⁹).

⁷⁰⁴ Valasc Partit. Cap. 13. n. 12.

⁷⁰⁵ Valasc. Partit. Cap. 12. n. 43.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. art. 2. n. 10.

⁷⁰⁶ Ord. Liv. 4. tit. 97. pr.; Valasc. Partit Cap. 12. n. 31, 52.; Cap. 13. n. 93.; Cap. 14. n. 14.; Phaeb. Decis. 115. n. 13.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 11. n. 12. Mas se o pae instituir ao seu filho herdeiro na legitima, e ao neto, filho desse filho, herdeiro na terça, não tem lugar a collocação; porque este concorre como estranho; Valasc. Partit Cap. 12. n. 60, 61.

⁷⁰⁷ Valasc. Partit. Cap. 12. n. 32.

⁷⁰⁸ Valasc Partit. Cap. 12. n. 33, 34.; Guerr. Trat. 2. Liv 2. Cap. 11. n. 33.

⁷⁰⁹ Valasc. Partit. Cap. 12. n. 50.; Gomes ad Leg. Taur. 29. n. 9.

A collação dos dotes e doações verifica-se ainda que por morte do doador não existão bens alguns; e deve ser feita exclusivamente pelos donatarios; por que assim como ao cabeça de casal compete exclusivamente o descrever os bens que estavam em poder do defunto ao tempo da sua morte, também do mesmo modo compete ao donatario ou dotado a collação ou descrição dos bens que tem em seu poder; e para esse fim se lhe defere juramento, ficando por elle obrigado e sujeito ás penas da lei por qualquer occultação dolosa (⁷¹⁰).

Cessa a obrigação de conferir, se o filho ou filha se abstêm da legitima.

§ 106 Os filhos dotados pelo pae, ou pela mãe, ou por ambos junctamente, ou que d'elles receberão doações, tem a escolha, ou de concorrer com seus irmãos á herança, conferindo os bens dotados ou doados ou de abster-se d'ella, contentando-se com o dote ou doação, sem que os irmãos possam obrigar-os á conferir (⁷¹¹). Se o dote ou doação tiver sido feito por ambos os conjuges, confere-se metade d'elle em cada uma das partilhas (⁷¹²).

Quando os filhos dotados ou donatarios se abstêm da herança, os dotes e doações prevalecem sómente na parte em que não excedem á legitima e á terça do pae ou da mãe ou de ambos, se ambos fizerão a doação, e na parte em que excede, fica o donatario obrigado á inteirar aos irmãos toda a legitima que, tirada a terça, lhes deve pertencer; e para

⁷¹⁰ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 9.; Gama Decis. 122. 148.: Valasc. Partit. Cap. 8. n. 36. segg.

⁷¹¹ Ord. Liv. 4. tit. 97. pr. §§ 1, 3, 5.; Per. Decis. 96.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 20.; Cap. 15.

⁷¹² Ord. Liv. 4. tit. 97. § 1. Mas no casamento por contracto dotal, ou a doação fosse feita por ambos os conjuges, ou sómente por um delles, guarda-se o direito commum; Ord. Liv. 4. tit. 97. § 1.

que isto se conheça são obrigados á dar e descrever os bens que lhes forão dados (⁷¹³).

No caso de ter sido feita doação ao filho, e ao tempo da morte do pae ou da mãe não tiver ainda recebido os bens doados, não poderá receber mais do que o valor da legitima e da terça do doador (⁷¹⁴).

E para saber-se, se taes doações excedem á legitima e á terça, attende-se ao valor dos bens do doador ao tempo da morte (⁷¹⁵).

Os filhos, porém, dotados por casamento, tem a faculdade de escolher a valia dos bens do doador ou ao tempo que receberão, ou ao tempo da morte do doador (⁷¹⁶).

Quer o filho escolha um ou outro tempo, os outros irmãos devem ter em todo o caso legitima igual a que o filho dotado escolher (⁷¹⁷).

Portanto, ainda que o dote dado, olhando o tempo da doação, não exceda á terça do doador, o dotado está obrigado á refazer as legitimas aos irmãos indotados, se por morte do pae commum se não acharem bens alguns, ou muito poucos.

Se os bens que ficarem por morte do doador forem em menor quantidade que os que elle tinha quando dotou, juntos estes aos dotados, apura-se a terça e legitimas, caculando-se o patrimonio do defunto pelo tempo da doação, ou pelo da morte, qual o donatario mais quizer (⁷¹⁸).

⁷¹³ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 3.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 230. arest.

⁷¹⁴ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 3.; Per. Decis. 96.: Valasc. Partit. Cap. 15.

⁷¹⁵ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 4. in fine; Paiva e Pona Orph. Cap. 6. n. 4.

⁷¹⁶ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 4.; Assento 21. de Julho de 1797. Tem lugar a escolha do tempo ainda que o dote tenha sido estimado. E como esta disposição se fez em favor do dote, não aproveita aos herdeiros que tiverão doações de natureza diversa.

⁷¹⁷ Mello Preir. Liv. 3. tit. 12. § 13.

⁷¹⁸ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 5.; Valasc. Cons. 188. n. 14.: Paiva e Pona Orph. Cap. 6. n. 5. Se por morte do pae ou da mãe não ficarão bens alguns, deduz-se da doação ou dote duas terças partes do seu valor para se prefazer a legitima de cada um dos filhos,

E se são dous ou mais os filhos dotados, as legítimas dos outros se prefazem pela última doação; e se esta não basta, pela penúltima, e assim por diante (⁷¹⁹).

Qual é o objecto da collação

§ 107 Sendo o fim da collação a igualdade da partilha entre os filhos e quaesquer outros descendentes, prevalece a regra afirmativa: *Todos os bens moveis ou de raiz, que o pae ou a mãe, ou ambos junctamente derão aos filhos, e bem assim tudo quanto houverem ou delles procedesse; devem ser conferidos aos outros irmãos, depois da morte do doador, ou doadores, com os fructos contados do tempo da mora* (⁷²⁰).

Esta regra por isso mesmo que se dirige á igualar as legítimas dos descendentes, cujo direito é igual comprehende todos os bens, direitos e acções, que o filho houve do pae, ou da mãe, ou que delles procedesse, pois á uns e á outros as nossas leis dão a natureza de *profecticios* (⁷²¹). E por bens procedentes dos paes considerão-se aquelles que, em vida e por contemplação delles, forão doados ao filho por algum extranho, ou consanguineo, quando a contemplação do pae ou da mãe, é a causa

incluindo o dotado. Se a doação na terça não foi insinuada, prevalece sómente até a quantia da taxa legal.

⁷¹⁹ Valasc. Cons. 188, n. 21.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 10. n. 22.

⁷²⁰ Ainda quando o dote ou doação consiste em dinheiro conta-se o premio delle; Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. n. 45.; Ord. Liv. 4. tit. 97. pr. A mora conta-se do tempo da morte do pae ou da mãe doadora até o tempo das partilhas; e a razão é que feita a collação, entende-se que os bens conferidos voltão ao patrimonio paterno: e como os outros bens do pae vêem á partilha com os fructos desde a morte delle, do mesmo modo devem vir os bens que os herdeiros conferem, ainda que tenham sido consumidos os fructos de boa fé antes da collação; Valasc Partit, Cap. 13. n. 14, 15, 16, 17. E isto entende-se: 1.º Se o filho conferente possui os bens doados ao tempo da morte do doador; Ord. Liv. 4. tit. 97. pr.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 18.; 2.º Se elle quer ser herdeiro; Ord. Liv. 4. tit. 97, § 3.; Valasc Partit. Cap. 13. n. 20.; 3.º Ainda que os irmãos não requeira o a collação, por ser obrigação daquelle que quer entrar na herança; Ord. Liv. 4. tit. 97. § 3.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 19. Mas não são obrigados á conferir os fructos aquelles herdeiros aos quaes forão adjudicados alguns bens em partilha nulla, se os mesmos bens tem de ser conferidos segunda vez; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 17. n. 5.; Molina de Just. Disp. 245 n. 1.

⁷²¹ Ord. Liv. 4. tit. 97. pr.; Valasc Partit. Cap. 13. n. 95, 96.; Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. n. 16.

immediata (⁷²²); e a razão é que as palavras da lei (⁷²³); *o que d'elles procedesse*, não podem ser entendidas senão em relação á taes doações, cujas palavras alias ficarião superfluas, visto que, quanto ás cousas que realmente procedem dos paes já tinha fallado a mesma lei (⁷²⁴), ibi: *tudo que houve de seu pae ou mãe*, exprimindo ideia diversa; e esta é a razão porque, a respeito das collações, ambas as expressões se repetem no § 17. do mesmo titulo (⁷²⁵).

Pelo que devem conferir-se:

I) Os dotes. E para o effeito das collações comprehende-se na palavra *dote*:

1.º) As doações feitas á filha para o matrimonio carnal (⁷²⁶);

2.º) E, por semelhança de razão, para o espiritual, como o patrimonio para o estado sacerdotal (⁷²⁷);

3.º) As doações dadas aos filhos varões para que fação melhor casamento (⁷²⁸);

4.º) Todo o augmento que depois se faz ao dote (⁷²⁹);

5.º) Os fructos do dote, desde a morte do pae, ou da mãe doadora, até a partilha (⁷³⁰);

⁷²² Valasc. Partit. Cap. 13. n. 4, 5.

⁷²³ Ord. Liv. 4. tit. 97. pr.

⁷²⁴ Ord. Liv. 4. tit. 97. pr.

⁷²⁵ Valasc. Partit. Cap. 13. n. 7.

⁷²⁶ Ord. Liv. 4. tit. 97. pr.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 13. Quando o marido dota á filha de sua mulher, havida de seu primeiro matrimonio, este dote se deve imputar na parte e meia acção da mulher, e não delle, ainda que isto não se declare; Phaeb. Part. 2. Decis. 115. n. 36.; Gama Decis. 177.

⁷²⁷ Portug. de Donat. Liv. 1. Praelud. 2. § 5. n. 40.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 144.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 77. O filho deve sempre coferir o dote de patrimonio para o estado sacerdotal; mas sómente quanto á estimação; e sendo excessivo da legitima e da terça do pai dotador, repõem o excesso offensivo da legitima dos outros filhos; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 615.

⁷²⁸ Ord. Liv. 4. tit. 97. pr.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 47. segg.; Alm. e Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. n. 17.

⁷²⁹ Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit 12. § 12. n. 17.; Carv. de Testam. Part. 4. Cap. 1. n. 60.

6.º) Os accessorios do dote, assim como as joias, ouro e prata para o serviço domestico (⁷³¹);

7.º) Os vestidos e ornamentos nupciaes, senão consta que forão dados sómente pelos paes para simples uso e aparato das nupcias, ou em parte de alimentos (⁷³²).

II) Todas as doações simples e liberalidades que o pae ou a mãe faz ao filho ou filha, o que comprehende:

1.º) O dinheiro despendido em seu beneficio (⁷³³);

2.º) O que o filho recebeo immediatamente por emprestimo, compra e venda ou por qualquer outra causa (⁷³⁴);

3.º) O dinheiro proprio que o pae deo á juro debaixo do nome supposto do filho (⁷³⁵);

4.º) O dinheiro que o pae pagou pela fiança do filho (⁷³⁶);

5.º) Os fructos dos bens adventicios já colhidos que, depois de adqueridos pelo pae ou pela mãe, forão expressamente dados ao filho (⁷³⁷);

6.º) Os rendimentos dos bens proprios de algum dos paes, ainda quando tenham sido remetidos aos filhos; porque é doação propria que deve conferir-se (⁷³⁸);

⁷³⁰ Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 78.

⁷³¹ Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. n. 17.

⁷³² Valasc Partit. Cap. 13. n. 52.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 31.

⁷³³ Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12, 13. n. 18.

⁷³⁴ Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. n. 18.

⁷³⁵ Alm. Souz. cit.

⁷³⁶ Alm Souz. cit.

⁷³⁷ Ord. Liv. 4. tit. 97. pr; Portug. de Donat. Cap 23. n. 32.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 168.; Valasc Partit. Cap. 13. n. 139. Mas não tem lugar a collação, quando o pae ou a mãe, antes de qualquer aquisição renuncia o usufructo dos bens adventicios do filho; Valasc. Partit. Cap. 23. n. 146.; Portug. Donat. Liv. 3. Cap. 23. n. 28.; Per. Decis. 55. n. 2. 7.; nem quando tacitamente consente que o filho perceba os fructos desses bens, como seus proprios; Valasc. Partit. Cap. 23. n. 140. a 145, e 147.; Portug. Donat. Liv. 3. Cap. 23. n. 34.

7.º) A importancia da condemnação que o pae pagou pelo filho e as despesas do livramento (⁷³⁹);

8.º) As despesas feitas com as Bulias Ponteficias para se conseguir o Beneficio Ecclesiastico, ou para poder celebrar-se o matrimonio (⁷⁴⁰);

9.º) Os rendimentos do excesso da doação que não foi insinuada (⁷⁴¹);

10.º) O excesso da legitima, quando o filho se abstem da herança (⁷⁴²);

11.º) Todos os bens adquiridos pelo filho com o dinheiro do pae ou da mãe, vivendo com elles e sustentando-se com os bens d'elles (⁷⁴³).

III.º) As doações feitas pelos parentes e extranhos, em remuneração dos serviços dos paes e em sua particular contemplação, de modo que não teria sido feita a doação ao filho senão fóra o pae ou a mãe e por isso não se entendem feitas as doações em contemplação dos paes, se elles não forão a causa da aquisição, mas sómente a occasião d'ella (⁷⁴⁴).

⁷³⁸ Valasc Partit. Cap. 13. n. 148, 149.; Gama Decis. 118.

⁷³⁹ Molina de Just. Disp. 240, 242.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 35.

⁷⁴⁰ Valasc. Partit. Cap. 13. n. 75.; Guerr. cit. n. 43; Gama Decis. 308. n. 15.

⁷⁴¹ Ord. Liv. 4. tit. 62.; Lei de 25 de Janeiro de 1775.; Ass. 16 de Setembro de 1814.

⁷⁴² Ord. Liv. 4. tit. 97. § 5.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 48.

⁷⁴³ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 16.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 181.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 73. Da citada Ord. se conclue: 1.º Que se o filho não estiver sob o poder do pae, mas for casado, ou emancipado, faz seus os lucros adquiridos com os bens que o pae lhe deo, não sendo obrigado á conferir senão o capital: 2.º Que ainda sendo filho familias e vivendo com o pae, não é obrigado á conferir os bens que adquirio com o seu trabalho, mas não com bens que procedessem do pae; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 182, 183.: Alm. Souz. Obrig. Recipr. §§ 185, 186.

⁷⁴⁴ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 17.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 7 Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 9, 11.

Collação dos prazos

§ 108 Também os prazos fateusins devem ser conferidos; porque são equiparados aos allodiaes (⁷⁴⁵). É obrigado o filho á conferir a emphytheuse, ainda no caso em que o pae o faça possuidor d'ella sem alguma nomeação, se em virtude da posse a usufruto em vida do mesmo pae (⁷⁴⁶).

Esta regra é sempre verdadeira, quer o pae tenha feito ao filho entrega immediata da emphytheuse, quer a tenha renunciado em mão do senhor directo para que este fizesse a renovação ao filho (⁷⁴⁷).

A obrigação de conferir o prazo estende-se ás bemfeitorias, e ás despesas da reivindicação d'elle, feita pelo doador (⁷⁴⁸). O preço e as bemfeitorias não só se conferem quando o prazo foi doado em vida, mas ainda quando o filho succedeo n'elle por nomeação ou vocação da lei.

Mas não se confere o prazo de vidas, salvo:

1.º) Se foi dado ao filho com transferencia immediata do usufructo (⁷⁴⁹);

2.º) Se foi comprado pelo pae ou adquirido por titulo honeroso, ou troca de bens paraveis, ficando neste caso ao filho a escolha de conferir o preço do custo, ou o valor do prazo ao tempo em que lhe foi dado (⁷⁵⁰).

⁷⁴⁵ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 23.

⁷⁴⁶ Valasc Partit. Cap. 13. n. 127.; Cald. de Nominat. Quest. 18. n. 25.

⁷⁴⁷ Cald. cit.; Carv. de Testam. Part. 4. Cap. 1. n. 187. O filho tem a escolha, ou de conferir a emphytheuse ou de imputar o preço na legitima. Tomando o segundo alvitre, é obrigado a conferir o preço da emphytheuse, segundo o tempo que lhe foi entregue, quer tenha augmentado, quer diminuido ao tempo da partilha; Valasc. Partit. Cap. 13, n. 126. Per. Decis 97.; Egydio in Leg. ex hoc jure, Part. 1. Cap. 11. n. 67, 69. Mas isto procede sómente no caso em que a emphytheuse foi entregue ao filho em vida; porque se o prazo veio ao filho sómente depois da morte do pae, e foi comprado ou adquirido com o dinheiro do pae ou da mãe, que o nomeou, então tem o filho a escolha acerca do preço, ou segundo o tempo em que foi comprado, ou segundo o da collação; Ord. Liv. 4. tit. 96. § 23.; Carv. de Testam. Part. 4. Cap. 1. n. 187.; Egyd. in Leg. ex hoc jure Part. 1. Cap. 11. n. 67.

⁷⁴⁸ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 22.; Coelho da Roch. § 482.

⁷⁴⁹ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 22.; Coelho da Rocha. § 482.

⁷⁵⁰ Coelho da Rocha cit.

Da Collação dos dotes e doações feitas pelo avô.

§ 109 Assim como os filhos são obrigados á conferir os dotes que receberão de seu pae ou de sua mãe, ou de ambos, se quizerem concorrer com seus irmãos á herança do doador ou doadores, tambem os netos são obrigados á trazer á collação os dotes dados á seus paes por seus avós, quando succederem aos doadores com seus tios ou tias; e do mesmo modo são estes obrigados á conferir aos netos ⁽⁷⁵¹⁾.

Quando, porém, o dote ou doação foi feita pelo avô ao mesmo neto, a lei destingue dous casos para o effeito da collação ⁽⁷⁵²⁾. O primeiro é quando já é fallecido o pae ou a mãe do neto ao qual foi feita a doação ou dote. N'este caso o doado é indubitavelmente obrigado á conferir os bens doados ou dotados, quer succeda com os tios, ou tias, quer succeda com os outros netos, filho de outro filho premorto ⁽⁷⁵³⁾; e isto procede, posto que seja um só ou muitos netos; porque sempre representão ao pae ⁽⁷⁵⁴⁾. O segundo é quando, ao tempo da morte do avô, ainda vive o filho ou filha, pae ou mãe d'esse neto; e em tal caso, se aquelle filho ou filha quizer ser herdeiro do pae ou da mãe que fez a doação ou dote aos netos, será obrigado á conferir os bens dados ao mesmo neto ⁽⁷⁵⁵⁾.

Em qualquer dos casos, se o filho ou neto não quer ser herdeiro do pae ou do avô, observa-se o disposto na Ordenação do Livro quarto titulo noventa e sete § quinto ⁽⁷⁵⁶⁾. Portanto se é já fallecido o pae dos netos ao tempo da morte do avô doador, são elles sempre obrigados á conferir aos tios, sem consideração de terem sido ou não doados ou dotados os bens em contemplação do pae; mas se ainda vive o mesmo

⁷⁵¹ Cod. Liv. 6. tit. 20. frag. 17.; Ord. Liv. 4. tit 97. § 20.; Valasc Partit. Cap. 12. n. 52,53.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 11. n. 40.

⁷⁵² Ord. Liv. 4. tit. 97. §§ 20, 21.; Valasc Partit Cap. 12. n. 57.

⁷⁵³ Ord. Liv. 4. tit 97. § 20.; Valasc. Partit. Cap. 12. n. 57.; Gomes ad Leg. Taur. 29. n. 7.

⁷⁵⁴ Valasc. Partit. Cap. 12. n. 53.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. ap. 11. n. 40.

⁷⁵⁵ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 21.

⁷⁵⁶ Valasc. cit. n. 57.

pae dos netos, é elle obrigado á conferir os bens dados pelo avô em razão da presumpção legal de que a doação foi feita pelo avô ao neto por contemplação de seu pae ou de sua mãe (⁷⁵⁷).

Esta presumpção, porém, não é *juris et de jure*, admite prova em contrario; e por isso, constando evidentemente que a doação ou dote foi feito por contemplação ao mesmo neto, então se diz adventicio, e não se confere (⁷⁵⁸).

Cessa portanto a presumpção da lei:

1.º) Quando a doação foi remuneratoria (⁷⁵⁹);

2.º) Quando o avô expressamente tomou uma parte da sua terça para fazer a doação ao neto (⁷⁶⁰);

3.º) Quando o avô deixou em testamento ao neto algum legado (⁷⁶¹).

Tambem a doação ou dote dado pelo pae á filho ou filha, não deve ser conferido pelo mesmo filho ou filha, quando succede ao avô conjunctamente com seus tios; porque não se trata da successão do pae ou da mãe, que deo o dote ou doação, mas do avô que não deo (⁷⁶²).

Quaes os bens que não vem á collação

§ 110 Sendo sómente os bens profecticios que devem ser conferidos pelos donatarios; segue-se que não vem á collação, nem os

⁷⁵⁷ Valasc Partit. Cap. 12. n. 58.

⁷⁵⁸ Valasc. cit. n. 58.; Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 12. §§ 12, 13. n. 22.

⁷⁵⁹ Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 11. n. 63, 64.; Molina de Just. Disp. 244.

⁷⁶⁰ Valasc. Partit. Cap. 14. n. 24.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 214. Fazendo porém a doação sem declarar que toma na terça, deve ser conferida, posto que o doador declare que não o seja; Valasc. cit.

⁷⁶¹ Carv. de Testam. Part. 4. Cap. 1. n. 80, 84.; Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 12. §§ 12, 13. n. 22.

⁷⁶² Valasc Partit. Cap. 12. n. 59.

bens que não tem tal natureza, nem os que, postoque profecticios, são expressamente isentos por lei.

Portanto não vem á collação, ainda entre filhos e outros descendentes, os bens castrenses ou quasi castrenses, os adventicios e os profecticios exceptuados por direito. Pertencem á classe dos adventicios:

1.º) Os bens adquiridos pelo filho por seu trabalho, ou industria, não tendo sido ganhos com os bens dos paes, e bem assim os doados por extranhos se não forão os paes a causa principal da doação (⁷⁶³),

2.º) Os dotes e doações *propter nuptias* feitas aos filhos por parentes collateraes, ou por extranhos, ainda que por contemplação dos paes, salvo se os doadores declaram expressamente que sejam conferidos (⁷⁶⁴).

Pertencem á classe dos castrenses os bens adquiridos pelas armas, tanto na guerra, assim como na paz (⁷⁶⁵).

Pertencem aos quasi castrenses:

1.º) Os adquiridos pelas letras, ou pelas artes, e taes são os lucros provenientes da magistratura, da advocacia, Medicina, das Ordens Ecclesiasticas, dos officios de Escrivão e de Tabellião e do Magisterio das sciencias e artes (⁷⁶⁶);

2.º) Os dotes e doações *propter nuptias* feitas pelo Imperador, e Grandes do Imperio, ainda por contemplação dos paes (⁷⁶⁷), salvo se expressamente declarar o doador, que sejam conferidos (⁷⁶⁸).

⁷⁶³ Ord. Liv. 4. tit. 97. §§ 16, 19.; Valasc Partit. Cap. 13. n. 180.; Guerr. Trat- 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 86.; Molina Disp. 137. vers. deinde.

⁷⁶⁴ Ord. Liv. 4. tit. 97. §§ 10, 11.; Valasc. Partit Cap. 13. n. 27, 30.; Carvalh. in Cap. Raynaldus, Part. 4. Cap. 1. n. 63.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 103.

⁷⁶⁵ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 18. Estes bens estão excluidos da collação; porque são proprios do filho, ainda quando sujeito ao patrio poder; e o mesmo se diz dos quasi castrenses; Ord. Liv. 4. tit. 97. f 18.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 87, 92.; Carvalh. in Cap. Raynaldus Part. 4. Cap. 1. n. 63.

⁷⁶⁶ Ord cit. § 18.; Guerr. Trat 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 94, 95.

⁷⁶⁷ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 10.; Carv. de Testam. Part. 4. Cap 1. n. 63.

Pertencem aos profecticios:

1.º) As doações feitas ao filho, quando tomadas na terça quer o pae disponha della por vezes, e por partes quotativas, quer por partes não quotativas; porque se conferem sómente para o effeito de se calcular o todo da herança, e se imputar no terço (⁷⁶⁹);

2.º) As despesas que o pae ou a mãe fizerão para o filho aprender em escolas ou em estudo, ou com os mestres que o ensinarão algum offiicio e bem assim os gastos com o filho no serviço das armas, porque tendem ao estabelecimento d'elle, o que é um dever do pae (⁷⁷⁰);

⁷⁶⁸ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 11.; Valasc Partit. Cap. 13. n. 74.; Carvalh. in Cap. Raynaldus Part. 4. Cap. 1. n. 100, e 245.

⁷⁶⁹ Valasc Partit. Cap. 14. n. 24.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 614. nota.; Collecção de Diss. referidas nas Acç. Sum. Diss 6.ª § 15.

⁷⁷⁰ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 7.; Dig. Liv. 10. tit. 2. frg. 50.; Barb. in Leg. 1. Solut. matrim. Part. 7. n. 28, 29. 30.; Mend. in Leg. Cuin oportet. n. 173, 174, 175. Cod. de Bonis, quae liber; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 151.; Cald Per. in Comment. ad § Sed. hae, Part. 2. n. 50. vers. Quod. etiam, Instit. de Inoffic. testam.; Per. Souz. Lin. Civ. Not 1021. A palavra estudo de que usa esta Ord. refere-se á instrucção primaria e escolas á instrucção secundaria, como adverte Valasc. Partit. Cap. 13. n. 152, 153; Carvalh. de Testam. Part. 4. Cap. 1. n. 109. A regra do texto limita-se commumente: 1.º) Quando o pae, ao lançar em seus livros o assento das despesas que faz com o filho, expressamente pretexto deverem imputarse na legitima d'elle; Mend. citado: Carvalh. de Testam. Part 4. Cap 1. n. 111.; Molina de Just. Disp. 238. n. 5; 2.º Quando o pae tinha em seu poder os bens adventicios do filho ao tempo que fez as despesas; Mend. Part 1. Liv. 4. Cap. 3. § I. n. 8.; Gabr. Per. Decis. 13. u. 8.; Carvalh. de Testam. Part. 4. Cap. 1. n. 108, 112.

Estas e outras limitações da regra, posto que verdadeiras por direito cominam encontram resistencia na generalidade do 7 da citada Ord; por isso nunca serão observadas no fóro, como attesta Valasc Partit Cap. 13. n. 164.; Portug. de Donat Liv. 1. Praelud. 2. § 5. n. 21. Contudo parecem attendiveis as duas limitações de Alm. Souz. nos casos seguintes:

1.º) Quando o pae fez com o filho tanta despesa nos estados maiores, que offendeo e diminui o a legitima dos outros filhos; 2.º) Quando o filho consumio as mezasdas e o dinheiro que o pae deo-lhe para livros, sem que aproveitasse nos estudos, despendendo em maus uzos; porque a doação do pae tem a condição tacita: Se o filho aproveitar e convenientemente despende; Guerr. Trat 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 132, 138.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 657.; Not. a Mello Liv. 3. tit. 12. § 12, 13. n. 37. segg.

Mas, ainda nestes casos, não é licito abrir excepções á regra sem prejuizo da generalidade da referida Ordenação: Portug. de Donat Liv. 1. Praelud. 2. § 5. n. 25. E quanto á questão: Se o filho é sómente dispensado de conferir as despesas já consumidas ao tempo da morte do pae, a opinião mais provavel é que o fr. 50. tit. 2. Liv. 10. do Dig., fonte da Ord. Liv. 4. tit. 97. § 7., comprehende tambem ás cousas existentes; porque aliás ficaria sem effeito o favor concedido aos estudos; e por isso, por virtude da citada lei, não vem á collação os livros dados ao filho para o uzo das aulas; Mend. in Leg. Cum o portet. n. 175. Cod. de bonis quae liber.

3.º) As despesas do jantar ou da ceia no dia do casamento ou da Missa nova (⁷⁷¹);

4.º) O dinheiro para a compra dos livros necessarios para o estudo (⁷⁷²);

5.º) Os alimentos quotidianos e as tenças annuas para a sustentação dos encargos do matrimonio (⁷⁷³);

6.º) Os rendimentos dos bens doados, percebidos antes da morte do pae, posto que a doação seja revogada, porque os fructos percebidos em vida delle não augmentão a doação (⁷⁷⁴);

7.º) As despesas para hir á alguma Romaria (⁷⁷⁵);

8.º) As dadivas de pequeno valor, que os paes costumão fazer aos filhos, excepto se todas juntas fazem uma somma avultada (⁷⁷⁶);

9.º) O dinheiro recebido para sahir do captiveiro, ou para servir no paço, sendo solteiro (⁷⁷⁷);

10.º) As bemfeitorias dos prazos, sendo modicas; assim como as despesas que, de necessidade, conforme o direito, sem outra convenção das partes, nem condição, o nomeante é obrigado fazer (⁷⁷⁸);

⁷⁷¹ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 2.; Coelho da Rocha § 481.

⁷⁷² Valasc Partit. Cap. 13. n. 161.

⁷⁷³ Gama Decis. 140. Molina de Just. Disp. 238. n. 15., Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

⁷⁷⁴ Valasc. Partit. Cap. 13. n. 14.; e Cap. 15. n. 88.

⁷⁷⁵ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 7.

⁷⁷⁶ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 3.; Barb. Rem. á Ord. Liv. 4. tit. 97. § 3.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 109.

⁷⁷⁷ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 8.

⁷⁷⁸ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 22. Não tendo a lei declarado quaes sejam as despesas e bemfeitorias modicas, ficam ao prudente arbitrio do juiz, que deve ter attenção no julgamento á grandeza do objecto, á qualidade do acto e das pessoas; Valasc. de Jur. Emphyt. Quest. 25. n. 13, 15. E por despesas necessarias, conforme o direito, se entendem aquellas que dizem respeito á conservação e á cultura ordinaria dos bens emphyteuticos; e para o augmento e á colheita dos fructos, e bem assim para a conservação dos edeficios e dos marcos, cercos e vallos, indispensaveis para distinguir-se os limites dos predios; e outras cousas semelhantes; Pinh. de Emphyt. Disp. 3. Sect. 1. n. 13, 14.; Alm. Souz. Dir. Emphyt. § 583 e segg.

11.º) As doações remuneratorias de serviços prestados ao pae, sendo iquivalentes, e provada a importancia, se os irmãos o negarem, porque o excesso é doação que deve ser conferida (⁷⁷⁹).

O equivalente aos serviços tira-se do cumulo da herança, e não da terça (⁷⁸⁰).

Do modo porque se faz a collação

§ 111 A collação regularmente se faz em substancia, a não ser nos casos em que os mesmos bens tem sido consumidos, ou nos especiaes da lei (⁷⁸¹). Portanto, em regra, os filhos que receberão doações e dotes feitos pelo pae ou pela mãe, ou por ambos juntamente, querendo concorrer á herança do doador, deverão conferir os proprios bens e não satisfazem offerecendo a estimação (⁷⁸²), senão quando tem sido consumidos ou alienados (⁷⁸³).

Confere-se, porém, sempre na estimação, existão ou não em poder do donatario:

1.º) Os bens dados em patrimonio para o filho se ordenar (⁷⁸⁴).

2.º) Os de prazo (⁷⁸⁵).

3.º) Os livros doados ao filho para o exercicio da magistratura ou davocacia quando devão ser conferidos, per privilegio á sciencia (⁷⁸⁶).

⁷⁷⁹ Portug. de Donat. Liv. 1. Praelud. 2. § 5. n. 33.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 49.; Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. n. 20.

⁷⁸⁰ Phaeb. Decis. 71. n. 14, 15.; Carv de Testam. Part. 4. Cap. 1. n. 153.

⁷⁸¹ Valasc Partit. Cap. 14. n. 2.; Peg. ad Ord. Liv 1. tit. 24. § 21. n. 13.; Coelho da Rocha § 483.

⁷⁸² Cod. Liv. 3. tit. 28. fr. 6.; Auth. Unde et si parens; Valasc. Partit. Cap. 14. n. 2.; Cap. 12. n. 5.

⁷⁸³ Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. n. 43.; Ord. Liv. 4. tit. 97. § 13, 22.; Guerr. Trat. 2 Liv. 2. Cap. 13. n. 5, 11.

⁷⁸⁴ Portug. de Donat. Liv. 1. Praelud. 2. § 5. n. 40.

⁷⁸⁵ Ord Liv. 4. tit. 97. §§ 22, 23, 24.; tit. 96. § 23.

4.º) Os bens que o herdeiro tinha alienado de boa fé (⁷⁸⁷). Em geral, faz-se a collação por estimação, quando os herdeiros concordão em que assim se faça; porque as partes podem renunciar o direito constituido em utilidade sua (⁷⁸⁸).

Quanto á questão: Se o pae tem o arbitrio de sujeitar ou de dispensar ao filho de conferir os bens doados, diremos, que quaesquer que sejam as disposições do direito commum, e as opiniões dos commentadores, por direito patrio é certo que, se o pae faz doação ou dote ao filho, declarando que toma em sua terça, pode livremente sugeitar ou não essa doação ou dote á collação; porque da terça dispõem elle livremente; mas omittindo essa declaração, não pode impôr a clausula de não conferir; e ainda quando use d'ella, não fica o donatario ou dotado dispensado de conferir, se quizer ser herdeiro porque semelhante clausula offende as legitimas dos filhos, ás quaes não pode prejudicar (⁷⁸⁹).

Quando a doação ou dote é feito na terça e d'entro dos limites d'ella, o filho recehe sempre os proprios bens; mas o seo valor vem ao acervo para poderem computar-se exactamente as legitimas. Ainda no caso de conferir os bens na substancia sempre a doação lhe fica salva até onde chegar a terça.

SECÇÃO SEXTA

DAS AVALIAÇÕES

Avaliação o que seja

⁷⁸⁶ Valasc Partit. Cap. 14 n. 6. Mend in Leg. Cum oportet n 170. Cod. de benis quae liber.; Alm. Souz Not. á Mello Liv. 3. tit. 12, 13. n. 41.; Barb. Rem. ad Ord. Liv. 4. tit. 97. § 1. n. 2.; Guerr. Trat 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 140.

⁷⁸⁷ Alm Souz. Not á Mello Liv. 3 tit. 12 § 1 2 n. 42.

⁷⁸⁸ Valasc. Partit. Cap. 14. n. 4.

⁷⁸⁹ Valasc Partit. Cap. 14. n. 15, 24. Esta opinião encontra contraditores, entre outros Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. n. 8.; mas suas opiniões são menos solidas.

§ 112 Avaliação é a determinação do justo preço d'alguma coisa por arbitros ou louvados nomeados pelo juiz ou pelas partes (⁷⁹⁰).

O justo preço deve ser determinado, não segundo a particular afeição dos avaliadores, mas pela geral e common estimação, em razão do tempo e do lugar em que as cousas existem, e suas qualidades uteis, e dos onus e condições a que estejam sujeitas (⁷⁹¹). A avaliação é um preliminar da partilha, cuja falta importa nullidade substancial do processo.

Qual o tempo que se attende para as avaliações dos bens da herança e da terça

§ 113 Acontecendo muitas vezes fazerem-se as avaliações depois de haver decorrido longo tempo da morte do inventariado, e como o valor das cousas varia com a mudança dos tempos, convem fixar uma regra certa acerca do tempo que se attende, quando se avalião os bens da herança: Se é o da morte do inventariado, se o em que se fazem as partilhas.

Quando se trata da legitima deixada ao filho para excluir a querela do testamento inofficioso, a avaliação dos bens da herança se faz

⁷⁹⁰ Per. Souz. Lin. Civ. § 410. Per. de Carv. Lin. Orph. Part. 1. Not. 123. O avaliador, depositario da confiança do juiz e das partes, deve comprehender bem a sua missão, contendo-se nos limites do objecto que lhe foi confiado, e comettido, proferindo o seu laudo segundo os dictames de uma consciencia pura, e alheia á odios, ou afeições por alguma das partes; e para que evite contra si qualquer suspeita de parcialidade, cumpre que se abstenha de acceitar dinheiro, presentes e donativos offerecidos por alguma das partes, qualquer que seja o pretexto, e ainda para fazer o que deve; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 21.n. 28.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 535.

⁷⁹¹ Ord. Liv. 4. tit. 11. § 4.; tit. 13.; Valasc. Partit. Cap. 10. n. 2.; Cons. 43.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 11. n. 27. Os avaliadores que no exercicio das suas funções commetterem algum dos crimes previstos no art. 147 com referencia ao art. 146. do Cod. Crim., são punidos com as penas do mesmo art. 146. do referido Cod. Mas para a imposição destas penas não basta que fação uma avaliação lesiva, que pode provir da ignorancia, sem má fé, ou intenção criminosa; é necessario que no facto se verefiquem as condições do crime; Per. de Carv. Lin. Orph. Not. 132.

em relação ao tempo da morte do pae (⁷⁹²); mas tratando-se da partilha entre herdeiros, é necessario considerar, se os bens existido no poder do defunto ao tempo da sua morte, ou se existem no poder dos herdeiros, por terem sido doados ou dotados em vida, mas sujeitos á collação para manter-se a igualdade das partilhas. No primeiro caso avaliã-se os bens pelo que valem ao tempo da partilha, porque o augmento ou a deminuição do valor, sem culpa ou dolo, aproveita ou prejudica igualmente á todos os herdeiros, pela regra: *Damna et eommoda cujusque rei, sequuntur dominium ipsius* (⁷⁹³); e no segundo caso, attende-se ás seguintes regras:

A) Nas doações por motivo de casamento;

I) Sendo de bens immoveis;

1.º) Se forão melhorados pelo donatario ou dotado, quer doados em preço certo, quer não, tem elle a escolha, ou de trazer á collação os mesmos bens, sendo indemnizado pelos herdeiros das bemfeitorias que tem feito, ou o preço que valião ao tempo da doação(⁷⁹⁴);

2.º) Mas se os bens se achão deteriorados, em relação ao tempo da doação ou dote, pertence aos outros herdeiros a escolha, ou de serem trazidos á collação os proprios bens, como estão e mais a estimação do damno, ou o preço que valião ao tempo que forão doados. Em qualquer dos casos, esta alternativa tem lugar sómente, quando as bemfeitorias ou o damno chegarem á quarta parte do que valião os bens ao tempo da doação (⁷⁹⁵);

⁷⁹² Cod. Liv. 3. tit. 28. fr. 6.; Valasc Partit. Cap. 10. n. 8.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 11. n. 58.

⁷⁹³ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 34; Valasc Partit. Cap. 10. n. 8.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 11. n. 59.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 5. n. 2.

⁷⁹⁴ Ord. Liv. 4 tit. 97. § 13.; Valasc. Partit. Cap. 10. n. 11, 17.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 11. n. 63, 64.; Molina de Just. Disp. 288. n. 8.

⁷⁹⁵ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 13.; Valasc. Partit. Cap. 10. n. 9. á 14.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap 11. n. 65.

3.º) E se não houve sómente damneficação, mas os bens totalmente perecerão, por ser omissa a Ordenação neste caso, observa-se o direito commum, segundo o qual, se perecerão depois da morte do pae, por culpa ou dolo do dotado ou donatario, vem á collação o preço que valião ao tempo da doação ou dote; e se perecerão, quer antes, quer depois da morte do pae sem culpa ou dolo do filho ou filha, cessa a obrigação de conferir (⁷⁹⁶);

II) Sendo de bens moveis;

1.º) Se o donatario ainda os tiver ao tempo da morte do doador vem á collação no estado em que se acharem, ou a doação se fizesse com preço certo, ou sem elle (⁷⁹⁷);

2.º) Se, porém, já não existem, quer tenham sido consumidos ou alienados, quer tenham perecido em vida ou depois da morte do pae doador, com culpa ou dolo do donatario, sempre vem á collação o preço segundo o tempo da doação ou outros bens moveis de igual valor, qual elle mais quizer (⁷⁹⁸);

III) Qualquer que seja a natureza dos bens doados, se o donatario se abstem da herança, pertence-lhe a escolha do valor dos bens ao tempo da doação ou ao tempo da partilha (⁷⁹⁹); mas se não se abstem da herança, nem se verifica algum dos casos acima referidos, deve trazer á collação todos os bens doados que ainda possuir, e seus respectivos rendimentos desde o fallecimento dos doadores até o tempo das partilhas, e tudo se avalia pelo que vale ao tempo da divisão (⁸⁰⁰).

⁷⁹⁶ D. Liv. 37. tit. 6. fr. 2. § 2.; Valasc. Partit. Cap. 11. n. 12, 13.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 11. n. 71, 72, 73.; Ayora Partit. Part. 1. Cap. 3. n. 22.

⁷⁹⁷ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 15.; Molina de Just. Disp. 238 n. 8.

⁷⁹⁸ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 15.; Valasc. Partit. Cap. 10. n. 14, 16.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 11. n. 66, 70; Barb. in Leg. *Si aestimatis* n. 5. D. Solut. matrim.; Molina cit.

⁷⁹⁹ Ord. Liv. 4. tit. 97. § 4; Valasc Partit. Cap. 19. n. 5.; Cap. 20 n. 21.

⁸⁰⁰ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 9.; tit. 97. pr. Molina de Just. Disp. 238. n. 8.

B) E nas doações que não forão feitas por motivo de casamento, mas por qualquer outra maneira, prevalece sempre a regra, segundo a qual avalia-se os bens doados pelo que valem ao tempo da partilha ⁽⁸⁰¹⁾.

C) A não ser nos casos de doações e dotes feitos aos filhos, mas á estranhos, calcula-se a terça pelo que valião os bens que possuía o doador ao tempo da doação, e não ao tempo da morte ⁽⁸⁰²⁾.

Como se procede no fazer das avaliações

§ 114 Nos inventarios solemnes as avaliações se fazem por louvados juramentados, citadas as partes interessadas, estando presentes o juiz e o Escrivão ⁽⁸⁰³⁾; e procedendo-se de outro modo ficão nullas as partilhas ⁽⁸⁰⁴⁾.

Começão as avaliações pelas peças de oiro, prata e pedras preciosas, fazendo-se em seguida a dos outros moveis e semoventes, e dos titulos de dividas; e por ultimo avalia-se os bens de raiz ⁽⁸⁰⁵⁾.

Os louvados, estando juntos, vendo e examinando attentamente as cousas por si e não por informações ⁽⁸⁰⁶⁾, declarão o valor em que estimão-nas, não pelo mais alto preço que poderem alcançar no mercado, mas com moderação e equidade fraternal, dando

⁸⁰¹ Ord. Liv. 4. tit. 97. §§ 3, 4.; Valasc. Partit Cap. 19. n. 5.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. n. 43.

⁸⁰² Valasc. Partit. Cap. 19. n. 5.

⁸⁰³ Ord. Liv. 1. tit. 88. §§ 5, 52.; Paiva e Pona Orph. Cap. 2. n. 4.

⁸⁰⁴ Barb. á Ord. Liv. 4. tit. 96. § 19.; Phaeb. Part. 2. arest. 74. A presença, porém, do juiz não é solenidade substancial para a validade do inventario; basta que elle faça ao inventariante prestar o juramento, e assigne o termo respectivo. Esta é a praxe do nosso fôro, attestada por Valasc. Cons. 52. n. 25.; Partit. Cap. 8. n. 7.; Peg. á Ord. Liv. 1. tit. 87. § 5. n. 3. Mas nos inventarios de maior importancia, cumpre que o juiz assista em pessoa á descripção dos bens para que não se occultem, protegendo assim os interesses de todos contra as pretensões illegitimas que por ventura se manifestem; Peg. á Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 43.

⁸⁰⁵ Per. e Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

⁸⁰⁶ Valasc. Partit. Cap. 10. n. 5.; Guerr. Trat. 1, Liv. 1. Cap. 11. n. 24.

verbalmente as razões e os motivos de seu laudo; e os valores declarados escreve o Escrivão no inventario (⁸⁰⁷).

As duvidas que se suscitarem decide o juiz verbal e summarissimamente, porque neste juizo tudo depende do officio e arbitrio dor juiz (⁸⁰⁸). Discordando os louvados nomeia-se um terceiro (§ 101) que fica precisamente obrigado á combinar com um dos votos que lhe parecer mais razoavel, ainda que entenda que ambos são erroneos (⁸⁰⁹). Cada cousa deve ser avaliada separadamente (⁸¹⁰), abservando os avaliadores as seguintes regras:

1.º) As peças de oiro, prata, e pedras preciosas devem ser avaliadas cora attenção á metade do feitio (⁸¹¹);

2.º) A roupa e mobilia da casa avalião-se segundo o estado em que se acha, o não pelo que custarão (⁸¹²);

3.º) Os animaes avalião-se por cabeça; porém havendo muitos da mesma especie o genero, como um certo numero de carneiros, descrevem-se e avalião-se todos juntos, declarando-se o seu numero e o valor de cada um (⁸¹³);

Tambem se deve descrever e avaliar juntos a escrava com os filhos menores de 12 annos, o casal, a parelha de cavallos etc, porque assim tambem de vem ser adjudicados na partilha.

⁸⁰⁷ Valasc Partit. Cap. 10. n. 41. Os laudos devem ser proferidos pelos proprios louvados, sem que possam commetter á outras pessoas; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 11. n. 77.

⁸⁰⁸ Paiva e Pona Orph Cap. 2. n. 18.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 2. § 7.

⁸⁰⁹ Ord. Liv. 3. tit. 17. § 2.; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 21. n. 26. Menez. Juiz. Divis. Cap. 12. § 11.

⁸¹⁰ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4., Per. de Carv. Lin. Orph. § 51. Se os bens fossem descriptos e avaliados todos juntos, a partilha seria impossivel. E ainda os predios que admittirem commoda divisão, devem ser avaliados por partes, dando-se valôr á cada uma d'ellas. As machinas, porém, e todas as cousas que não soffrem commoda divisão devem ser avaliadas em sua totalidade, sem distincção de partes: Ord. Liv. 4. tit. 96. § 5.

⁸¹¹ Lei de 20 de Junho de 1774. § 8, 10.; Alv. 21 de Maio de 1751, Cap. 5. § 3.

⁸¹² Alm. Souz. Trat. das Aval. § 96.; Per. de Carv. Lin. Orph. not. 126.

⁸¹³ Per. de Carv. Lin. Orph. Not. 101.

4.º) As acções exigíveis devem ser avaliadas na mesma importancia (⁸¹⁴);

5.º) Os predios rusticos devem ser avaliados pela importancia dos fructos dos vinte annos preteritos, tiradas as despesas e calculando-se o preço dos mesmos fructos pelo rendimento que tiverem ao tempo presente da avaliação (⁸¹⁵);

6.º) Os predios urbanos pela importancia de vinte rendas, deduzindo-se uma decima parte para as despesas e impostos á que estiverem sujeitos, tudo em consideração á situação, estado, e outras circumstancias que influão no valor (⁸¹⁶);

7.º) Os bens emphyteuticos, quanto ao dominio directo, avalião-se pelo valor dos fôros de vinte annos e um laudemio, considerado o predio como livre, o resto é o valor do dominio util (⁸¹⁷):

8.º) Sendo o prazo subemphyteutico, avalia-se o dominio directo em vinte annos de fôros e um laudemio; o dominio util do imphyteuta principal, em vinte annos de pensão, e o resto vem á ser o valor subemphyteutico (⁸¹⁸);

Das avaliações dos bens que estão fora, do districto.

§ 115 Se existem alguns bens da herança fora do districto do juiz processante, e não podem ser facilmente transportados, expede-se

⁸¹⁴ Lei de 20 de Junho 1774. §§ 17, 27.; Lei de 28 de Setembro de 1871. art. 4. § 7, 8.

⁸¹⁵ Alv. de 30 de Outubro de 1773.; Lei de 20 de Junho de 1774. § 11. Decr. de 17 de Julho de 1778. Estas leis devem ser executadas com attenção ás circumstancias especiaes que possão occorrer; Alm. Souz. Trat. das Aval. e dos Damn. § 18, 19. O justo preço das não fungiveis é a geral e commum estimação.

⁸¹⁶ Lei de 9 de Maio de 1651; Alv. de 25 de Agosto de 1774. § 9.

⁸¹⁷ Alv. de 23 de Fevereiro de 1771; Decr. de 7 de Dezembro de 1772; Per. Souz. Lin Civ. Not. 1021. O laudemio é relativo ao valôr do predio avaliado como livre, e depois de deduzidas as despesas dos vinte annos; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 836.; 1021.

⁸¹⁸ Per. Souz. Lin. Civ. Not. 836, 986, 1021.

precatoria ao juiz do lugar, para que este, em auxilio da jurisdição do deprecante, faça logo as avaliações e a nomeação de um curador á elles (⁸¹⁹). O juiz deprecado, lançando o seu *cumpra-se* na precatoria, manda distribuir ao Escrivão á quem pertencer.

Destribuida e autoada, sobem os autos conclusos; e o juiz deprecado, nomeando avaliadores á revelia, se os herdeiros não comparecem perante elle á escolhe-los, manda logo proceder as avaliações (⁸²⁰).

Concluida a deligencia sobem os autos conclusos; e verificando o juiz que ha orphãos interessados, nomeia um curador aos bens, e manda por seu despacho que o escrivão faça remessa da precatoria ao juiz deprecante, pagas as custas (⁸²¹).

Para se fazer esta remessa são as partes novamente citadas, lavrando-se nos mesmos autos o termo competente, assim como as certidões das citações feitas ás partes, afim de que tudo conste no juizo deprecante (⁸²²).

Devolvida a precatoria junta-se aos autos do inventario.

SECÇÃO SETIMA

DAS DIVIDAS PASSIVAS E DESPESAS DO FUNERAL E BEM D'ALMA

1) Das dividas passivas

⁸¹⁹ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 24. Ord. Liv. 4. tit. 102. § 8.; Mend. Part. 2. Liv. 1. Cap. 2. n. 130. Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 24. n. 2. segg. A precatoria deve ser expedida com citação das partes, e declarar a situação, confrontações e mais circunstancias que fação bem conhecidos os bens que tem de ser avaliados; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

⁸²⁰ Per. de Carv. Lin. Orph. not. 131.

⁸²¹ Ord. Liv. 1. tit. 88. g 24.; Liv. 4. tit. 102. 8 Mend. Part. 2. Liv. 1. Cap. 2. n. 130; Gomes Var. Resol. Tom. 2. Cap. 14. n. 17.; Cald. de Emption. Cap. 14. n. 18.

⁸²² Mor Exec Liv 6 Cap. 1. n. 7.

§ 116 As dividas activas da herança verificão-se pelos herdeiros, e as passivas pelos credores, o liquido, que é o que fica depois de deduzidos todos os encargos da herança, é o que se diz — o *patrimonio* do defunto (Nota 3) (⁸²³).

Quer sejam descriptas as dividas passivas pelo inventariante, quer sejam requeridas pelos credores, havendo orphãos interessados, são ouvidos todos os herdeiros e o Curador Geral sobre a verdade e o pagamento dellas aos credores, e mostrando-se liquidas e provadas, de modo á não fazer duvida (⁸²⁴), confessando e concordando todos os interessados, o juiz manda separar na partilha bens sufficientes á serem arrematados em hasta publica, para que com o producto delles sejam pagos os credores reconhecidos; e do que resta é que se faz quinhão aos herdeiros (⁸²⁵). Quando as dividas são requeridas pelos credores, e não excedem á alçada, podem os juizes conhecer e mandar paga-las por

⁸²³ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 12.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 19.

⁸²⁴ Cod. Liv. 6. tit. 30. fr. 22. § 9.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 240. Para se haverem por liquidas e provadas as dividas, não basta a confissão do defunto em testamento solemne, ainda é necessaria outra prova attendivel, por causa do prejuizo dos herdeiros e credores; porém, não havendo herdeiros forçados, nem credores, quando não valha como divida, vale como legado; Gama Decis. 293; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12, n. 81.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 23. segg.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 12.

⁸²⁵ Reg. de 15 de Junho de 1859, art. 49.; Avis. de 3 de Fevereiro de 1855.; Valasc Partit. Cap. 23. n. 21.; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 13. n. 4.; Oliv. de Muner. Provis. Cap. 10. § .12. A impugnação d'um dos herdeiros ou do Curador Geral, basta para que se deixe de separar bens para o pagamento das dividas; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 13. n. 7. segg., remetendo-se os credores aos meios ordinarios; Alm. Souz. Acç. Sum. Tom. 1. § 333.

Na separação dos bens para pagamento dos credores deve preferir-se os moveis e semoventes; e só em falta deles é que podem ser adjudicados bens de raiz; e entre estes com preferencia os que forem menos rendosos aos orphãos; Ord. Liv. 1. tit. 88. § 26.; e procedendo-se d'outro modo é nulla a adjudicação; Per. de Carv. Lin. Orph. not. 139. Arrematados os bens, as sobras, se houverem, pertencem aos herdeiros, e por elles se repartem; assim como, não chegando o producto da arrematação para o pagamento, ou não havendo lançador, respondem os herdeiros, cada um pela sua parte, pelo pagamento integral do credor, salvo se este requereu no inventario o seu pagamento e concordou com os herdeiros que para esse fim fossem separados bens sufficientes; e é n'este caso que pode ter lugar o serem adjudicados ao credor com abatimento da lei, quando não haja lançador. E a razão é que, tendo o credor direito ao seu pagamento em dinheiro, e não em bens, não podem os herdeiros mudar a condição de seu credor sem annuencia d'elle.

breves justificações (⁸²⁶). Quando, porém, não são liquidas nem provadas pelos credores, devem ser desattendidas no inventario, procedendo-se logo á partilha dos bens da herança, como livre de dividas, ficando com-tudo os credores com direito salvo para demandarem aos herdeiros no juizo contencioso (⁸²⁷).

A arrematação dos bens em praça publica, não havendo dinheiro de contado é o meio regular de fazer effectivo o pagamento; contudo muitos escriptores ensinão, e a praxe observa a adjudicação aos credores dos proprios bens separados na partilha para o pagamento delles (⁸²⁸). Mas para que se adjudiquem bens em pagamento aos credores não basta uma simples confissão das dividas, é ainda indispensavel que os credores requeirão e que essa confissão dos herdeiros seja tomada por termo nos autos, com a declaração de que estes convem e consentem juntamente nessa adjudicação (⁸²⁹) porque estando os bens da herança no dominio commum dos herdeiros, força é que estes demittão de si esse dominio, consentindo especificadamente na futura adjudicação, que tem o mesmo effeito que uma *dação in solutum* (⁸³⁰).

A sentença que julga a adjudicação e a partilha produz uma novação nas obrigações; e pela novação cessa toda a responsabilidade dos herdeiros pela divida e juros convencionados, ficando transmudadas

⁸²⁶ Avis. de 13 de Agosto de 1834. Quando se justificão as dividas, manda-se apensar os autos d'essas justificações aos da partilha, para na deliberação d'ella se mandarem separar bens para seu pagamento; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

⁸²⁷ Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 13. Alm. Souz Acç. Sum. Dissert. 9. § 334.; Menez. Juiz Divis. Part. 1. Cap. 2. § 32. not. 2.

⁸²⁸ Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 13.; Trat. 4. Liv. 5. Cap. 10. n. 34.; Alm. Souz. Acç. Sum. Tom. 1. § 333. Mas o adjudicarem-se bens ao cabeça de casal com o onus das dividas, sem que os credores o requeirão, é praxe errada, que deve ser banida do fóro; Alm. Souz. citado. Dos bens de raiz adjudicados ao cabeça de casal, ou á algum dos herdeiros, além dos seus quinhões, com a obrigação de pagar dividas do casal, paga-se o imposto da siza; Avis. N.º 407. de 29 de Agosto de 1862. Regulam, de 28 de Março de 1874, art: 19.

⁸²⁹ Quando todos os herdeiros confessa o por termo nos autos a verdade da divida, essa confissão judicial produz por si mesma a via executiva, podendo os credores tirar sentença do processo da partilha e executar aquelle á quem forão entregues os bens para fazer o pagamento; Mor. Execut. Liv. 1. Cap. 4. § 3. n. 37.; Cardoz. Prax. verb. Confessio. n. 28.; Guerr. Trat. 4. Liv. 6. Cap. 10. n. 34

⁸³⁰ Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 242.; Bag. Tom. 1. Cap. 14. n. 49.

as acções dos credores para aquelle á quem forão adjudicados os bens, o qual responde exclusivamente pela quantia reconhecida e juros legaes pelo tempo da mora, sem regresso aos herdeiros, ainda que fique insolvente (⁸³¹).

Mas se os herdeiros separarem bens na partilha e adjudicarem ao cabeça de casal ou á outro herdeiro, para pagamento das dividas, sem que os credores o requeirão, esse pacto dos herdeiros com o cabeça de casal, ou com algum outro herdeiro, não desobriga aos outros de ficarem sujeitos aos credores, cada um pela sua parte (⁸³²).

II) Das despesas do funeral e bem d'alma.

§ 117 Como dividas passivas, devem ser justificadas e provadas no inventario com documentos legaes, as despesas do funeral e bem d'alma para que sejam attendidas na partilha, quando não excedão á quantia que pode ser despendida (⁸³³). A'quelle que fez a despesa do funeral compete a acção funeraria contra os herdeiros obrigados a paga-la(⁸³⁴).

A) Despesas do funeral.

§ 118 São despesas do funeral todas aquellas que se fazem com o cadaver até a sepultura, e se chamão gastos de corpo presente; e taes são: as quantias despendidas com a mortalha, caixão, armação, sepultura, signaes de sinos, acompanhamento, carro funebre, Missas, esmolas, officios de corpo presente, cêra e bem assim com o Medico e a

⁸³¹ Strik. Exercit. 47. n. 51.; Guerr. Trat. 4. Liv 5. Cap. 10. n. 34, 35.; Per. de Carv. Lin. Orph. not. 138.

⁸³² Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 12. n. 52, 54.; Mor Execut. Liv. 6. Cap. 7. n. 50.; Alm. Souz. Acç. Sum. § 333; Olea Cess. jur. tit. 4. Quest. 6. n. 4.

⁸³³ Per. de Carv. Part. 1. nota 142.

⁸³⁴ D. Liv. 11. tit. 7. fr. 17.; Corrêa Telles, Doutr. das Acç. § 266.

botica, na ultima enfermidade, e tudo quanto o defunto recommendou no seu testamento (⁸³⁵).

Estas despesas são pagas pelos bens da meia-acção do defunto, isto é, pelo monte mór (⁸³⁶).

Mas não se comprehende n'esta classe as despesas feitas na construcção do tumulo, sendo diverso do uso do lugar e de maior importancia (⁸³⁷), nem as que se fazem com a trasladação do cadaver, nem as de mera pompa, nem as que se fazem cora o luto da viuva, filhos e domesticos (⁸³⁸).

Fallecendo alguém *ab intestado*, não se dispende com o funeral mais que 10\$000 (⁸³⁹), mas o juiz dos orphãos, sendo possivel, ou a autoridade policial do Districto, pode autorizar maior quantia, tendo attenção ás forças da herança e á qualidade da pessoa do defunto (⁸⁴⁰).

B) Das despesas do bem d'alma.

§ 119 Se dizem despesas do bem d'alma as que se fazem nos suffragios depois de dado o corpo á sepultura, assim como Missas e

⁸³⁵ D. Liv. 11. tit. 7. fr. 14. §§ 3, 4, 5. e 37.; Valasc. Partit. Cap. 19. n. 48.; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 6. n. 68, 69.; Menez. Juiz. Divis. Part. 1. Cap. 6. pag. 176. nota (1). Quando o fallecido é negociante fallido, são privilegiadas as despesas funerarias feitas sem luxo, e com relação á qualidade social d'elle, e aquellas á que dera lugar a doença de que fallecêra; Cod. Com. art. 876. § 1, e 882.; Regul. N.º 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 621.

⁸³⁶ D. Liv. 5. tit. 2. fr. 8. § 9.; Valasc. Partit. Cap. 19. n. 39. Cap. 23. n. 13.; Oliv. de Muner. Provis. Cap. 1. § 16. n. 46. Isto deve-se observar, não obstante a opinião contraria de Barb. Rem. á Ord. Liv. 1. tit. 62. n. 3. e de Mend. Part. 2. Liv. 4. Cap. 3. n. 8. e outros; porque esta divida contrahe-se depois do matrimonio já dissolvido; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 155.

Não tendo o defunto bens, são obrigados ao funeral os que tinham obrigação de alimenta-lo, quando vivo; Surd. de Alim. T. 1. Quest. 25. segg.; Corrêa Telles Doutr. das Acç. Not. 7. ao § 266.

⁸³⁷ D. Liv. 11. tit. 7. fr. 37. § 1.

⁸³⁸ Valasc. Partit. Cap. 19. n. 53, 54.; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 6. n. 73.

⁸³⁹ Corrêa Telles, Doutr. das Acç. Not. 2. ao § 267.

⁸⁴⁰ Regul. N.º 855 de 8 de Novembro de 1851. art. 8.; Regul. de 15 de Junho de 1859. art. 50.

officios (⁸⁴¹). Todas estas despesas se deduzem da terça do defunto, não podendo prejudicar, nem a meia acção do conjuge sobrevivente, nem a legitima dos herdeiros forçados (⁸⁴²).

Posto que o defunto não encomende em seu testamento suffragios pela sua alma, o Parocho da Freguezia pode fazer aquelles que fôrem do uso da Igreja, e haver dos herdeiros a importancia pelos meios legaes (⁸⁴³).

As disposições do testador sobre suffragios por sua alma devem ser cumpridas pelo seu testamenteiro, contanto que, havendo herdeiros necessarios, não excedão ao terço do terço (⁸⁴⁴); no caso negativo não podem taes despesas exceder á totalidade ou á maior parte da herança (⁸⁴⁵). Em falta de disposição testamentaria, prevalece o arbitrio do juiz, que deve ter em attenção o estado, condição e fortuna do defunto, para que não haja excesso (⁸⁴⁶). Se os testamenteiros fizerão por si despesas immoderadas com o funeral e bem d'alma devem lhes ser glozadas (⁸⁴⁷).

⁸⁴¹ Valasc. Partit. Cap. 19. n. 48. in fine.

⁸⁴² Lei de 19 de Setembro de 1769 § 6., instaurada pelo Alv. de 20 de Maio de 1796.; Valasc. Partit. Cap. 19. n. 48.; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 6. n. 91.

⁸⁴³ Isto se observa porque o Decr. de 30 de Julho de 1790, o de 8 de Maio de 1715., e a Lei de 25 de Junho de 1766 § 5, e 9., mandão guardar os costumes louvaveis das Dioceses; mas como são varios os costumes das Dioceses, diz Corr. Telles, Doutr. das Acç. § 267. nota 2: Que como taes se deve entender o d'aquellas onde o bem d'alma de qualquer defunto não excede à 10\$000. Contra as pessoas obrigadas ao pagamento d'estas despesas, os Parochos não podem usar senão dos meios ordinarios; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 9. § 12. n. 775.; Corr. Telles Doutr. das Acç. § 268. Por contestação á esta acção pode o réo oppor: 1.º) Que o autor, por equidade, mandara fazer o bem d'alma; e isto se presume, sendo o defunto Freguez pobre; 2.º) Que excedera o modo, attento o costume da Parochia, e á qualidade da pessoa; Corr. Telles Doutr. das Acç. § 267.

⁸⁴⁴ Lei de 9. Setembro de 1769. § 6. instaurada pelo Alv. de 20 de Maio de 1796.

⁸⁴⁵ Tendo a lei de 9 de Setembro de 1769, § 21. restaurada pelo Alvará de 20 de Maio de 1796. prohibido a instituição da alma por herdeira, seria em fraude da lei a disposição do testador pela qual mandasse: — Que todos os seus bens fossem vendidos e o producto empregado em Missas e suffragios; Corr. Telles Theor. da Interpret. § 44.

⁸⁴⁶ Valasc Partit. Cap. 19. n. 49.; Guerr. Trat. 2 Liv. 6. Cap. 6. n. 82.; Reg. de 15 de Jun. de 1859 art. 50.

⁸⁴⁷ Valasc. Partit. Cap. 19. n. 49.

SECÇÃO OITAVA

DO ENCERRAMENTO DO INVENTARIO

§ 120 Descripto o activo e o passivo da herança e declarando o inventariante que tem dado á inventario todos os bens do inventariado e que nada mais resta á descrever e avaliar, estende-se nos autos o termo de encerramento ⁽⁸⁴⁸⁾.

Por costume do fôro, os inventariantes protestão no mesmo termo que, se forão descriptos alguns bens que não devião se-lo, se hajão por não descriptos; e que, se forão omittidos outros que devião ser dados á inventario, se hajão por descriptos; e bem assim que em qualquer tempo que lhe venha á noticia que ainda ha outros bens que pertenção ao defunto, os fará descrever e acrescentar ao inventario ⁽⁸⁴⁹⁾.

Lavrado o termo de encerramento e achando o juiz regular o processado, por não haver o que emendar ou corrigir, manda fazer a liquidação, citando-se aos interessados para dizerem o que fôr á bem de seu direito.

⁸⁴⁸ Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 4. n. 1; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

⁸⁴⁹ Valasc Cons. 52. n. 16, 17.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 9. n. 63. O protesto que faz o inventariante no fim do inventario: — Que se hajão por escriptos os bens omittidos e por não escriptos todos aquelles que não devião se-lo; e bem assim que em qualquer tempo que lhe venha á noticia de que ainda pertencem á herança outros bens, os fará acrescentar ao inventario; hão tem valôr algum em rigor de direito. Contudo tal protesto esta admittido por costume e aproveita sómente ao inventariante, quando por erro, simpleza ou outra justa causa deixou de os descrever; Valasc Cons. 52. n. 16. segg.; Partit. Cap. 8. n. 47.; Phaeb. Decis. 149. n. 36.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 9. n. 69, 70. Ainda sem protesto evita a pena o inventariante que declara os bens omittidos antes de ser demandado, como additamento ao inventario; Bagn. Cap. 66. n. 369. Esta declaração aproveita, posto que tenha sido feita depois da citação, mas antes da contestação da lide; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 731. Mas em todo o caso sempre fica salvo ao herdeiro lesado a acção ordinaria para haver os bens sonogados, ainda que tenham sido feitas as partilhas amigavelmente, ou por transação: Peg. Tom. 7. á Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9. n. 13.

CAPITULO QUINTO**DA LIQUIDAÇÃO DA HERANÇA E DELIBERAÇÃO DA PARTILHA.*****Da liquidação da herança.***

§ 121 O processo de inventario e partilhas entre herdeiros, sendo verbal e summarissimo, não admite conhecimento de causa, nem artigos, reservando-se toda a questão de alta indagação para o juizo ordinario ⁽⁸⁵⁰⁾. Portanto, descriptos e avaliados os bens, nada mais resta que parti-los entre os herdeiros, extinguindo-se assim a communhão em que se achão, independentemente de allegações e arrazoados. Contudo não deve o juiz, para melhor esclarecimento seu, denegar aos interessados o conhecimento do processo, nem tolher que deduzão o seu direito verbalmente ou por escripto ⁽⁸⁵¹⁾. Pelo que, antes da deliberação da partilha, tem a praxe admittido que os herdeiros e o Curador Geral venhão com seus requerimentos por palavra ou por escripto, sobre a descripção dos bens, collações, avaliações, prestações de titulos, documentos offerecidos, declarações, dividas passivas e quaesquer diligencias tendentes á feitura d'uma partilha bem ordenada, acautelando, em tempo, erros, nullidades e lesões ⁽⁸⁵²⁾. Sobre taes requerimentos ouvirá o juiz ao inventariante e aos herdeiros, assignando-lhes um termo breve para dizerem de seu direito nos autos ⁽⁸⁵³⁾, ou marcando uma audiencia para que verbalmente o fação ⁽⁸⁵⁴⁾. N'este acto é licito á qualquer herdeiro requerer ao juiz que mande lançar em seu quinhão um certo predio, movel

⁸⁵⁰ D. Liv. 36. tit. 1. ad S. C. Trebel. fr. 13. § 2.; Liv. 42. tit. 1. fr. 15. § 4., Ord. Liv. 4. tit. 96. §§ 11, 12, 22, 23.; Valasc Partit. Cap. 8. n. 51.: Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 267. Themud. Decis. 297. n. 27, 47.

⁸⁵¹ Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 13. n. 1.; Per. de Carv. Orph. § 88.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 2. § 43.

⁸⁵² Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 14. n. 2, 3.

⁸⁵³ Per. de Carv. Orph. § 90. Este termo deve ser breve. O Curador Geral falla em ultimo lugar; Per. de Carv. Orph. § 160. Para dizerem por escripto nos autos é indispensavel que juntem procuração, constituindo procurador letrado; Per. de Carv. Orph. Not. 175.

⁸⁵⁴ Para esta audiencia devem ser citados todos os interessados, declarando-se o dia, a hora e o lugar, por ser acto extrajudicial; Per. de Carv. Orph. Not. 158.

ou semovente, devendo ser attendido sempre que houver accordo dos outros herdeiros, ou allegar justa razão de preferencia.

Pela discussão dos interessados e accordo das partes, apura-se a herança, conhecendo-se quaes os bens que constituem o patrimonio do defunto, a natureza delles e os encargos a que estão sujeitos as dividas passivas e o direito hereditario de cada um dos herdeiros e do liquido se fará a partilha, a qual não deve ser demorada por causa do illiquido, que se repartirá á medida que se fôr liquidando ⁽⁸⁵⁵⁾.

Não havendo, porém, accordo entre os herdeiros o juiz reservará a decisão para o despacho da deliberação da partilha ⁽⁸⁵⁶⁾.

Da deliberação da partilha.

§ 122 Ouvidos os interessados sobre a liquidação e divisão da herança, o juiz por seo despacho delibera a partilha, dando a forma della, sem condemnar em custas ⁽⁸⁵⁷⁾.

Este despacho, por ser meramente interlocutorio, não faz julgamento definitivo, nem admite appelação e por isso nas Comarcas geraes pode ser proferido pelo juiz processante ⁽⁸⁵⁸⁾.

E' no despacho da deliberação da partilha, que o juiz deve mandar separar os prazos, os bens de terceiros e alheios, os dotes dos conjuges, conforme as escripturas antenupciaes, quando não existão filhos vivos, ou não tenham havido, assim como tudo mais que não fôr partivel; resolver se a herança se deve dividir *in capita* ou *in stirpes*; se vale e ate

⁸⁵⁵ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 17.

⁸⁵⁶ Menez. Juiz. Divis. Cap. 2. § 43.; Cap. 3. § 9. E' boa practica admittir o juiz que n'este acto os herdeiros declarem logo quaes os bens que preferem que se lhes adjudique em seus quinhões hereditarios, dando a razão de preferencia para serem attendidos, como fôr justo.

⁸⁵⁷ Ord. Liv. 3. tit. 66. § 5.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

⁸⁵⁸ Avis. de 15 de Outubro de 1872.

quanto a doação; se deve ou não attender-se á disposição do testamento; e finalmente decidir todas as duvidas suscitadas pelos herdeiros no correr do inventario, acerca das quaes não tenham chegado á um accordo, remetendo aos meios ordinarios as questões que demandão de alta indagação; assim como aos credores, cujas dividas não forem liquidas, provadas sufficientemente, e reconhecidas por termo assignado por todos os interessados, ouvido o curador dos menores e das pessoas administradas. Deliberada a partilha manda o juiz que os autos vão aos partidores para fazer a divisão na forma determinada ⁽⁸⁵⁹⁾, citadas as partes ⁽⁸⁶⁰⁾.

Do despacho que delibera a partilha não se concede vista ás partes, nem recurso algum, porque permanecem os autos conclusos ⁽⁸⁶¹⁾.

⁸⁵⁹ Ord. Liv. 3. tit. 66. § 5.; Silva ao cit. § 5. n. 3; Alm. Souza. Acç. Sum. § 318.; Per. de Carv. Lin. Orph. § 98.; Per. e Souza. Linh. Civ. Not. 1021. Os juizes Municipaes e d'Orphãos julgão da liquidação das contas para pagamento dos impostos Provinciaes, provenientes de legados, posto que as contas excedão á 500\$000; Avis. de 13 de Abril de 1873; e de 28 de Abril do mesmo anno.

⁸⁶⁰ Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 25.

⁸⁶¹ Alm. Souza. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 14. n. 3.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 3. § 2. n. 4.; Cap. 12. § 24.

TITULO SEGUNDO**DAS PARTILHAS*****1) Noção modos e condição das Partilhas,*****A) NOÇÃO**

§ 123 Partilha é a divisão dos bens da herança do defunto entre os herdeiros ⁽⁸⁶²⁾. Não sendo alguém obrigado á viver em communhão contra sua vontade, tem cada um dos socios ou herdeiros o direito de pedir a divisão ou a partilha da coisa commun, posto que tenha estado assim voluntariamente por longos annos ⁽⁸⁶³⁾.

E como é nullo o acto contrario ao preceito da lei, não vale a convenção de permanecer perpetuamente em communhão, senão por tempo determinado ⁽⁸⁶⁴⁾ nem o testamento que prohibe aos herdeiros a divisão dos bens da herança, salvo se a prohibição lemita-se á tempo certo, ou durante a vida de alguma pessoa ⁽⁸⁶⁵⁾, e não afecta á legitima dos herdeiros forçados; porque esta não está sujeita á restricção alguma ⁽⁸⁶⁶⁾. Pelo que resulta que o direito de pedir partilha nasce do estado de communhão.

⁸⁶² Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.; Coelho da Rocha § 486.

⁸⁶³ Cod Liv. 3. tit. 37. frag. 5.; D. Liv. 8. tit. 2. frag. 27.; Liv. 27. tit. 9. frag. 8. § 2.; Liv. 10. tit. 3. frag. 81.; Liv. 31. frag. 77. § 20.; Valasc. Cons. 53. n. 5.

⁸⁶⁴ D. Liv. 10. tit. 3. frag. 14. § 2.; Liv. 17. tit. 2. frag. 70.: Cardoz. Prax. verb. Divisio n. 11.

⁸⁶⁵ Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 1. n. 31.; Jul. Clarus Liv. 3. § testament. Quest. 67. n. 1, 2.; Cardoz. Prax. verb. Divisio n. 11. A opinião cornaram é que vale a prohibição perpetua da divisão, ou partilha, quando é estabelecida sob certa pena; Jul. Claras cit. n. 2; Brunem. ad Pand. Liv. 10. tit. 3. frag. 14. n. 8.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 1. n. 26.; Contudo, no direito patrio, a doutrina do texto parece mais acertada, com a unica restricção dos casos especificados na Ord. Liv. 4. tit. 11. § 1., isto é, quando a prohibição fôr estabelecida em favor de algum irmão, ou parente mais chegado do testador; Silva ad Ord. Liv. 4. tit. 11. § 1. E a razão é que, sendo a divisão equiparada á uma mutua venda, ou á uma transação, Cod. Liv. 3. tit. 38. frag. 1., Liv. 2. tit. 3. frag. 21., D. Liv. 10. tit. 2. frag. 36., Liv. 2. tit. 14. frag. 35., rale o argumento da alienação para a divisão e vice versa; Valasc Cons. 53. n. 4.; Gama Decis. 242. n. 6.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 1. n. 28. Portanto se o testador não póde prohibir a alienação, senão nos casos previstos na citada ordenação, tambem não póde prohibir a divisão.

⁸⁶⁶ Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 1. n. 39.

B) Dos modos porque se fazem as partilhas.

§ 124 As partilhas se fazem por diversos modos:

I) Judicialmente;

1.º) Quando, citados todos os coherdeiros e interessados para assistir á partilha, o juiz abre a discussão e termina o negocio por sentença (⁸⁶⁷);

2.º) Quando as partes nomeião arbitros para fazer a partilha; porque estes juizes guardão os actos judiciais, como são obrigados de os guardar os juizes ordinarios (⁸⁶⁸);

II) Extrajudicialmente:

1.º) Por mandado da justiça e por partidores, com expresso aprazimento, e consentimento dos herdeiros, sendo acoordadas e assignadas pelo juiz e partidores (⁸⁶⁹);

2.º) Por convenção amigavel, reduzidas á escriptura publica, ou autos publicos, se todos os herdeiros são maiores, e tem a livre administração dos seus bens (⁸⁷⁰);

3.º) Por escriptura particular, feita pelos mesmos herdeiros, e por todos assignada (⁸⁷¹). N'este caso as partes podem requerer ao juiz que mande tomar por termo as partilhas assim feitas, declarando todos

⁸⁶⁷ Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4; Liv. 4. tit. 96. § 18.; Valasc. Partit. Cap. 1. n. 5.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 3.

⁸⁶⁸ D. Liv. 4. tit. 8. fr. 1.; Ord. Liv. 3. tit. 17. pr.; Valasc. Partit. Cap. 1. n. 5.

⁸⁶⁹ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 18.; Valasc. Partit. Cap. 1. n. 4.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 3.

⁸⁷⁰ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 18.; Valasc. Partit. Cap. 1. n. 4. Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 3.; Coelho da Rocha § 487.

⁸⁷¹ Ord. Liv. 3. tit. 59.; Reg. de 26 de Dezembro de 1860, art. 15. E ainda quando o valor da herança excede á taxa da lei, vale a partilha amigavel, feita por escriptura particular, sendo todos os herdeiros ligados pelos laços de parentesco de que trata a Ord. Liv. 3. tit. 59. § 11.; e ensina Valasc. Partit. Cap. 21. n. 10., sem embargo do que dispõem o citado § 18 ibi: *tanto que por elles* (irmão ou estranhos) *fôr acabada e o acto que se della fizer, fôr por elles assignado em escriptura publica ou autos publicos*; porque isto procede sómente quando algum dos herdeiros está nas condições do § 11. e outros, não. E assim se tem entendido na praxe; Alm. Souz. Diss. 5. em Supl. ás Seg. Lin. §§ 55 á 59.

que approvão-nas taes como estão, e pedindo que as confirme por sentença (⁸⁷²);

4.º) Pelo testador, quando no testamento divide os seus bens entre seus herdeiros, sem offensa das legítimas dos herdeiros necessarios(⁸⁷³);

Posto que não haja herança de pessoa viva (⁸⁷⁴), pode um pae, em sua vida, dividir os seus bens entre seus filhos e herdeiros, entregando á cada um sua futura legitima (⁸⁷⁵). Feitas assim as partilhas, tem este acto força de pacto, se os filhos e herdeiros consentem e approvão , e força de ultima vontade, se elles o ignorão (⁸⁷⁶).

Quando o pae, por acto inter vivos, divide os bens entre seus filhos, usando da palavra doação, e transferindo á elles o dominio das suas legítimas assim divididas e entregues, a partilha feita n'estas condições fica irrevogavel (⁸⁷⁷); contudo, se o filho foi lesado, quanto aos bens que o pae á esse tempo possuia, pode pedir reparação da legitima, ainda pelos bens paternos que depois acrescerem (⁸⁷⁸).

Mas tendo sido feita a partilha pelo pae em sua vida, com o pacto de não poder o filho em tempo algum pedir supplemento da

⁸⁷² Ord. Liv. 4. tit. 96. § 18. Valasc Partit. Cap. 1. n. 4.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 3.; Alm. Souz. Not. á Mello ao cit. § 3. n. 4.

Esta sentença não tem as propriedades d'uma sentença profirida em juizo contencioso, nem dá ao acto por ella confirmado, sem outro conhecimento de causa, mais força e effeito do que elle em si tem, quanto á sua validade, e irrevocabildade; Valasc. Cons. 173 n. 24.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 12. n. 3.; Guerr. For. Quest. 41. n. 8. Valeron de Transat. tit. 1. Quest. 6. n. 6.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 714.

⁸⁷³ Cod. Liv. 3. tit. 36. fr. 10, 16.; Liv. 6. tit. 23. fr. 21. § 1.; Valasc. Partit. Cap. 21. n. 27.; Paiva e Pona Orph. Cap. 1. n. 67.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 3. n. 6.; Coelho da Rocha § 887.

⁸⁷⁴ D. Liv. 18. tit. 4. fr. 1.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 7. n. 7.

⁸⁷⁵ Cod. Liv. 3. tit. 36. fr. 10.; Valasc. Partit. Cap. 21. Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 1. n. 56.; Liv. 2. Cap. 5. n. 49.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 312. segg.

⁸⁷⁶ Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 1. n. 56. ; Valasc. Partit. Cap. 25. n. 25.

⁸⁷⁷ Valasc. Partit. Cap. 21. n. 13, 14.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 315.; Cabed. Decis. 127. n. 4. segg. Se porêm o pae faz simplesmente a partilha, sem declaração de que é sua vontade que valha perpetua e irrevogavelmente e ainda no caso de duvida, este acto tem força de disposição testamentaria, e pode ser revogado até o tempo da sua morte; Valasc. Partit. Cap. 21. n. 11. ; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 314.

⁸⁷⁸ Valasc. Partit. Cap. 21. n. 17.: Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 320.

legítima, quanto aos bens que depois vierem, n'este caso a partilha não fica absolutamente segura ⁽⁸⁷⁹⁾; porque o pae pode revoga-la até a hora da morte, e o filho conserva o direito de pedir á todo o tempo reparação da sua legítima, quanto aos bens posteriormente adquiridos pelo pae ⁽⁸⁸⁰⁾.

C) Condições da partilha.

§ 125 Tres são os requisitos da partilha:

1.º) Que sejam repartidos entre os herdeiros todos os bens liquidados da herança ⁽⁸⁸¹⁾, sem que fique algum d'elles *pro indiviso* ⁽⁸⁸²⁾;

2.º) Que na divisão dos bens se observe a igualdade possível⁽⁸⁸³⁾;

⁸⁷⁹ Cod. Liv. 3. tit. 28. fr. 8.; Valasc Partit. Cap. 21. n. 27. Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 1. n. 57.

⁸⁸⁰ Valasc. Partit. Cap. 21. n. 27.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 5. n. 42. No direito patrio antigo, quando os herdeiros maiores, e ainda os menores, fazião o pacto jurado de *non succedendo*, tendo o pae obtido previamente dispensa Regia para que, no acto da partilha, os filhos menores fossem havidos por maiores, e todos pudessem interpôr aquelle juramento, Ord. Liv. 4. tit. 70. § 4., tit. 73., a partilha assim feita pelo pae ficava valiosa, sem que os filhos pudessem vir contra ella, ainda que depois multiplicasse os bens; Valasc. Partit. Cap. 21. n. 16. Mas como a Ord. Liv. 4. tit. 73. prohibe os contractos jurados, e a dispensa d'esta lei sómente se obtinha pelo Desembargo do Paço, Tribunal abolido pela lei de 22 de Setembro de 1828, sem que esta attribuição se transmittisse á outras autoridades, são hoje impracticaveis taes contractos com o character de irrevocabillidade.

⁸⁸¹ For causa dos bens illiquidos, ou que estão fóra do Imperio, não se retarda a partilha da fazenda liquida, que estiver no Imperio; e á proporção que se fôr liquidando, ou arrecadando, se hirá fazendo a partilha; e quando algum herdeiro morar fóra do Imperio, tendo no lugar de sua residencia bens que devão partir-se, não se lhe dará partilha dos que estiverem no Imperio, sem que primeiro se faça dos que estiverem fóra d'elle; Ord. Liv. 4. tit. 96. § 17. Paiva e Pona Orphan. Cap. 6. n. 23.

⁸⁸² D. Liv. 10. tit. 2. fr. 25. § 20.; Valasc Partit. Cap. 39. n. 59. Posto que a regra de direito seja: Que a divisão da herança não se faz por partes, contudo, se, por erro ou por ignorancia, ficarão algumas cousas indivisas, nem por isso se rescindem as partilhas feitas e julgadas, podendo as partes pedir a divisão das que ficarão por partir ou *pro indiviso*; mas com esta declaração: Se as partilhas forão feitas judicialmente não podem as partes accionar no mesmo juizo familia erciscundae, senão no juizo *communi dividundo*; D. Liv. 10. tit. 2. fr. 20. § 4.; Valasc. Partit. Cap. 2. n. 35.; Cap. 39. n. 65 Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 246.; Coelho da Rocha § 352.: e se forão feitas extrajudicialmente podem recorrer ao mesmo juizo das partilhas; Cod. Liv. 3. tit. 36. fr. 1.: Valasc. cit.

3.º) Que se attenda á commodidade dos herdeiros (⁸⁸⁴).

A igualdade consiste na boa partição da herança, dando-se em bens á cada um dos herdeiros uma somma de valores correspondente á seu direito hereditario, formando-se os quinhões em parto igual no movel, na raiz, no bom, no mão, no certo o no duvidoso de modo que todos fiquem igualados não só na somma e valôr, mas ainda na qualidade o estimação dos bens (⁸⁸⁵). E quando os bens não se prestão á uma divisão com estas condições, por serem indivisiveis por sua natureza, ou pela disposição da lei, ou pela vontade das partos, procura-se a igualdade possivel, procedendo o juiz *ex aequo et bono* (⁸⁸⁶).

A commodidade dos herdeiros se attende, fazendo-se quinhões que mais proveitosos fôrem ao herdeiros, em razão da idade, profissão ou occupação d'elles; e ainda em relação á outros bens do que já se achão possuidores (⁸⁸⁷).

⁸⁸³ Cod. Liv. 3. tit. 37. fr. 4. Liv. 6. tit. 20. fr. 17.; Liv. 3. tit. 38. fr. 12.; D. Liv. 31. de Legat. 2. fr. 77. § 8.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 68, 113, 131. Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 14. n. 7, 23.

⁸⁸⁴ Valasc Partit. Cap. 22. n. 19.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 14. n. 21, 22.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 2. n. 5.

⁸⁸⁵ Cod. Liv. 4. tit. 37. fr. 4.; Instit. Liv. 4. tit. 17. § 4. Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 68.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 14. n. 23, 24, 25. Não é completa a partilha em que todos os herdeiros levão uma quota parte em cada uma das propriedades da herança; porque sendo assim feita, fica tudo *indiviso* como estava, produzindo inquietações entre os herdeiros no uso commum; Menez. Juiz. Divis. Cap. 3. § 12. nota.

⁸⁸⁶ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 22. § 1.; Instit. Liv. 4. tit 17. § 4.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 1.; Valasc Partit. Cap. 22. n. 6, 7.; Cap. 27. n. 9 e 10. As grandes propriedades devem ser divididas em lotes, dando-se á cada herdeiro uma parte igual , com declaração de seus limites e divisas, e das mutuas servidões á que fiquem sujeitas, para que se evitem futuras discordias, e as despesas d'uma nova divisão; D. Liv. 10. tit. 2. fr. 22. § 3.; Coelho da Rocha §597; Alm. Souz. Not. Á Mello Liv. 3. tit. 12. § 2. n. 5.

⁸⁸⁷ Aos orphãos deve-se adjudicar com preferencia bens de raiz, d'entre estes os mais rendosos; e em falta d'uns e d'outros, bens moveis que ao tempo da maioridade lhes possão ser mais uteis; á viuva, os bens com que entrou para o casal; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 13. n. 27.; aos coherdeiros que conferirão os bens doados ou dotados, sem que n'elles se dê parte alguma aos outros; Ord. Liv. 4. tit. 97. § 3. Mas isto se entende: Quando a herança tem tantos bens de raiz, quantos sejam bastantes para se prefazerem as legitimas dos outros herdeiros aliás desapareceria a igualdade da partilha; Per. de Carv. Orphan. Part. 1 Not. 115.

Se um dos predios da herança dever servidão á outro d'algun dos herdeiros, ou puder torna-lo nais fecundo, dando-lhe agora de que precisa, e que d'outro modo não pode ter, tambem se lhe deveraá adjudicar com preferencia; Guerr. Trat. 2. Liv. Cap. 14.

II) Das cousas que não soffrem partilha.

A) Por natureza

§ 126 Posto que a herança comprehenda todos os moveis, e immoveis, dividas activas e passivas, direitos e acções, e tudo quanto constitue o patrimonio do defunto, e cada um dos herdeiros tenha uma parte na minima parte dos bens hereditarios; comtudo não soffrem partilha:

I) As cousas indivisiveis por sua natureza, como são:

1.º) As servidões, emquanto se oonsiderão faculdades e direitos, por serem cousas incorporeas, e como taes não admittem divisão por partes, senão quanto ao uso e exercicio d'ellas, em relação á extensão e aos limites dos predios (⁸⁸⁸);

n. 21; Per. De Carv. Orph. Part. 1. n. 190. E se algum dos herdeiros tiver a maior parte d'um predio commum, ou algum seu proprio contiguo á outro da herança, taambem deve lhe ser adjudicado, ou o em que tinha a maior parte, ou o commum contiguo, sem grande prejuizo da igualdade da partilha; Cod. Liv. 3. tit. 37. fr. 4.; Liv. 6. tit. 20. fr. 17.; Liv. 3. tit. 38 fr. 12. D. Liv. 31. tit. De Legat. 2. frag. 77. § 8.; Alm. Souz. Acç. Sum. Tom. 2. Diss. 7. n. 36.; Corrêa Telles Doutr. das Acç. § 150. n. 1.

⁸⁸⁸ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 22. § 3.; Liv. 45 tit. 1. fr. 72.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 8.; Gomes Var. Resol. Tom. 2. Cap. 10. n. 1, 15. Pelo que resulta que se um predio se divide por dous herdeiros, a servidão activa delle passa á cada um dos proprietarios, como se desde o principio fosse devida aos dous predios, em que aquelle foi partido; e esta é a razão porque se um dos proprietarios não usa da servidão, cujo exercicio lhe ficou pertencendo, perde o seu direito, em quanto o outro pelo uso conserva; D. Liv. 8. tit. 6. fr. 6. § 1.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 8. n. 4.

Não havendo declaração de servidão constituida, lição as sortes consideradas livres de servidões passivas; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 2. n. 6. E sendo constituida uma servidão mas sem declaração des direitos e das obrigações resultantes della, ou havendo duvida sobre a sentença que é o titulo da servidão, devem ser observadas as seguintes regras:

1.º) O dono do predio dominante pode practicar todos os actos necessarios pura o uso da servidão; D. Liv. 8. tit. 5. fr. 6. § 2.

2.º) Se o predio dominante fôr dividido, a servidão fica pertencendo á todos os consortes, sem que se aggrave a condição do serviente;

3.º) O dono do dominante não pode fazer obra ou practicar facto, que faça a servidão mais onerosa; D. Liv. 8. tit. 2. fr. 20. § 5.;

4.º) O dono do predio serviente não pode embaraçar por acto algum o uso das servidões; mas pode fazer as obras que tornando a servidão menos onerosa para elle, não prejudique o dominante, como dar passagem por sitio menos incommodo; Coelho da Rocha § 601.

2.º O usufructo que sómente pode ser adjudicado de certo tempo até outro tempo determinado, ou por annos alternadamente (⁸⁸⁹);

3.º Os direitos que chamamos nomes dos devedores e dos credores, activos e passivos, os quaes não vêm ao juizo das partilhas para serem divididos, senão para serem adjudicados aos herdeiros; porque são *ipso jure* divididos intellectualmente pela lei (⁸⁹⁰). A divisão ou partilha d'estas cousas é impossivel; mas por accordo dos herdeiros, ou por officio do juiz, podem ser adjudicadas á um d'elles (⁸⁹¹).

II) As que comportão uma divisão, mas que sendo partidas, perdem o seu valôr, assim como um escravo, um cavallo, um moinho. Tambem estas cousas não se dividem, mas adjudicão-se á um dos herdeiros com a obrigação de satisfazer aos outros o que lhes cabe no valôr (⁸⁹²), e se não concordão n'este alvitre, vendem-se á estranho, ou,

⁸⁸⁹ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 14, 15. e 16. § 2; tit. 3 fr. 7. § 10.; Alm. Sous, Diss. 7. Supplem. ás Acç. Sum. § 29 Caminh. de Libell. Annot. 18. n. 10.

⁸⁹⁰ Cod. Liv. 3. tit. 36, frag. 6.; Valasc Partit. Cap. 27. n. 5.; Caminha de Libellis Annot. 18. n. 9.; Strik. Diss. de Jur. et Action. non cessibil. Cap. 6. § 4.; Olea de Cession. Jur. tit. 4. Quest. 6. n. .1.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021. Comtudo o juiz tem o poder de assignar á um dos herdeiros, em seu quinhão, uma divida activa ou passiva em sua totalidade se houver inconveniente na cobrança ou no pagamento por partes; D. Liv. 10. tit. 2. fr. 3.: Brunem, ád Pand. Liv. 10. tit. 2. fr. 2. n. 7, 12.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. n. 2. Este acto do juiz não opera o effeito de constituir á esse herdeiro o unico credor ou devedor de toda a divida; mas o de poder accionar, parte em seu nome e parte como procurador em causa propria; porque o devedor, com cessão dos outros coherdeiros, pode ser demandado ou accionado pelo mesmo modo. Posto que seja livre aos credores o accionar á cada um dos herdeiros pela sua parte, todavia estes tambem tem a faculdade de substituir em seu lugar aquelle que o juiz tem encarregado de defender a acção.

Mas esta substituição se entende feita de modo que se a divida não fôr paga pelo herdeiro demandado, fique salvo o regresso contra os outros herdeiros; D. Liv. 10. tit. 2. fr. 2. § 5.; Strik. Us. Mod. Liv. 10. tit. 2. § 10. Comtudo não obstante a adjudicação é sempre livre aos credores demandar á cada um dos herdeiros pela sua parte; Olea. Cess. Jur. tit. 4. Quest. 5. n. 4.

Mas quando, á requerimento dos credores, separão-se bens no inventario e adjudicão-se ao inventariante, ou á algum dos herdeiros para o pagamento delles, não tem mais regresso os credores contra os herdeiros; porque innovarão a obrigação, e pela novação ficou extincta a primeira acção; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 9.; Trat. 4. Liv. 5. Cap. 10. n. 35.

⁸⁹¹ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 2. § 5.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 3. § 10. n. 2.; Mello freir. Liv. 3. tit. 12. § 8.

⁸⁹² Inst. Liv. 4. tit. 6. § 20. in fine; Ord. Liv. 4. tit. 96. § 5. ibi: *Não a devem partir*; Caminha de Libellis Annot. 18. n. 8.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. §1. n. 1.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 6. § 12. segg.

não havendo comprador, dão-se por arrendamento, partindo-se por todos o aluguel. Mas se concordão os herdeiros na adjudicação, e aquelle á quem foi adjudicada não tem meios para satisfazer á todos, ou á algum dos outros o que lhe cabe em dinheiro, assigna-se á este um rendimento annual pelo tempo da mora (⁸⁹³).

B) Por disposição da lei

§ 127 Tambem ha cousas que, ainda quando partidas, não perdem o seu valor, e comtudo são individuas por disposição da lei, como são:

1.º) Os prazos fateusins, que não se dividem por glebas, practicando-se o encabeçamento (⁸⁹⁴);

2.º) Os bens sujeitos á fideicommisso (⁸⁹⁵);

⁸⁹³ As propriedades, que não se prestão a uma divisão commodata, adjudicão-se inteiramente á um dos herdeiros para evitarem-se os retalhamentos e divisões exageradas que muito estragão e diminuem o valor e merecimento dos predios; D. Liv. 10. tit. 2. fr. 22. § 1.; Cab. Decis. 108. n. 8.; Acç. Sum. Tom, 2. Diss. 7. n. 35.

O coherdeiro á quem se adjudicão bens de raiz de maior valor do que o seu quinhão hereditario, deve tornar aos mais herdeiros em dinheiro o excesso; Instit. Liv. 4. tit. 17. § 4, 6.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021. E se o adjudicatario não tem meios de satisfazer em dinheiro o valor que demais recebeo, paga, durante o tempo da mora, um rendimento annual, que lhe deve ser assignado pelo juiz; e esta é a praxe: Cabed. Decis. 166. n. 4, 5.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 8. Nota; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 21. n. 37.; Alm. Souz. Not á Mello Liv. 3. tit. 12. § 8. n. 1.

E ainda quando o juiz deixe de assignar o rendimento que deve pagar o herdeiro ao outros coherdeiros, em razão da coisa fructifera que lhe fôra adjudicada, nem por isso deixão estes de ter direito aos juros compensativos; Guerr. Trat. 8. Cap. 21. n. 36.

As tornas ou reposições em dinheiro pelo excesso de bens lançados á um herdeiro ou socio são isentas do imposto de transmissão, da propriedade, excepto se os bens forem partiveis, ou se houver concerto para que uma das partes fique com bens de valor superior ao seu quinhão, e nestes casos paga-se o imposto de compra e venda; Artigos das sizas Cap. 6.º § 4.; Reg. de 28 de Março de 1874 art. 23. § 2.

⁸⁹⁴ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 23.; Valasc. Cons. 53. n. 1, 2.; Partit. Cap. 25. n. 18.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 8, 13. segg. Gomes Var. Resol. Cap. 10. n. 2. Quanto ao modo pratico de fazer o encabeçamento, veja-se Valasc. citado; Mend. Part. 1.1. Liv. 4. Cap. 3. § 1. n. 2. segg.; Cald. de Nominat. Quest. 24, n. 14. E quando se faz o encabeçamento em um dos herdeiros, este fica responsavel aos outros coherdeiros pelas suas partes da estimação em dinheiro; e se não tiver com que pague, satisfaz dando um rendimento annual taxado pelo juiz, em proporção da parte de cada um; Cabed. Decis. 166. n. 5.; Guerr. Trat. 2. liv. 8. Cap. 21. n. 2. 37.; Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 12. § 8.

3.º) As cousas que pertencem, em parte á herança, e em parte á algum extranho, e ainda á algum herdeiro, mas por titulo diverso (⁸⁹⁶);

4.º) A familia escrava (⁸⁹⁷);

E finalmente ha cousas que se descrevem no inventario, e comtudo não se partem, ou por ser o seu uso prohibido, assim como os livros contrarios aos bons costumes, e as drogas venenosas, ou porque tem de passar ás mãos que as devem possuir, e taes são os titulos de familia que vêm á juizo sómente para que o juiz delibere e determine qual a pessoa em cujo poder devem permanecer (⁸⁹⁸);

III) DA ORDEM QUE SE DEVE GUARDAR NAS PARTILHAS

A) Entre o cônjuge sobrevivivo e os herdeiros do premorto.

§ 128 A partilha entre o cônjuge sobrevivivo e os herdeiros do premorto diversifica segundo tiver sido feito o casamento, ou por carta de dote e arras, em forma do direito commum, ou segundo o costume do Imperio, que é a mutua communhão de todos os bens, ou por outros pactos antinupciaes (⁸⁹⁹);

No primeiro caso fallecendo um dos conjuges sem prole legitima, procede-se á partilha pelo modo seguinte: Feito o inventario e as avaliações de todos os bens do casal, se deduz primeiro o capital de cada

⁸⁹⁵ Molina de Primog. Liv. 1. Cap. 3. n. 1. segg.; Cap. 11.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 6. n. 3. Nos fideicommissos familiares esta indivisibilidade não se estende á quarta geração (Not. 176).

⁸⁹⁶ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 25. § 6.; Valasc Partit Cap. 2. n. 32, 33.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 10. n. 174.

⁸⁹⁷ Quando a divisão de bens entre herdeiros ou socios não comportar a reunião de uma familia escrava, e nem um delles prefere conserva-la sob o seu dominio, mediante reposição da quota parte, dos outros interessados, vende-se a mesma familia, e ratea-se o seu producto; Lei N° 2040 de 28 de Setembro de 1871 art. 4. § 8.

⁸⁹⁸ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 4. § 1.

⁸⁹⁹ Valasc. Partit. Cap. 23. n. 2. D. Liv. 17. tit. 2. fr. 29.; Valasc. Partit. Cap. 23. n. 4.

um dos conjuges, que vem a ser o dote da mulher e os bens com que entrou o marido para o casal, e deduzido o capital, o excedente, se houver, julga-se o rendimento adquirido na constancia do matrimonio⁽⁹⁰⁰⁾. Mas antes que se faça a divisão dos lucros, devem ser pagas todas as dividas contrahidas na constancia do matrimonio; porque não ha lucros, nem bens senão depois de pago o dinheiro alheio ⁽⁹⁰¹⁾;

Se não houver lucros, ou quando haja, sendo de pequena importancia, devem ser pagas tão somente pelos bens do marido:

1.º) As dividas contrahidas na constancia do matrimonio, ainda que feitas com as despesas da casa e com alimentação dos filhos ⁽⁹⁰²⁾;

2.º) As arras promettidas á mulher ⁽⁹⁰³⁾;

3.º) As dividas contrahidas antes do matrimonio ⁽⁹⁰⁴⁾;

4º) As despesas feitas com o funeral do marido premorto⁽⁹⁰⁵⁾;

5.º) E ainda as despesas com o luto da familia ⁽⁹⁰⁶⁾;

⁹⁰⁰ Se o marido foi casado em primeiras nupcias com outra mulher, primeiro se deduz o dote da primeira mulher; porque esse prefere ao da segunda; Cod. Liv. 8. tit. 18. frag. 12.; Valasc. Partit. Cap. 23. n. 3.

⁹⁰¹ D. Liv. 5. tit. 2. frag. 8. § 9. Liv. 30. tit. 7. frag. 26.; Liv. 35. tit. 2. frag. 5.; Valasc. Partit. Cap. 23. n. 5.

⁹⁰² Cod. Liv 5. tit. 12. frag. 20.; D. Liv. 42. tit. 8. frag. 25, § 1.; Gam. Decis. 186, 200.

⁹⁰³ Ord. Liv. 4. tit. 47. Por virtude desta Ord., sendo solteiro aquelle que contracta o casamento, não podem as arras promettidas exceder á terça do que a mulher trazer em seu dote; e neste caso, fallecendo sem filhos, ou outros descendentes, são deduzidas as arras de todos os bens do marido, isto é, do capital e da metade dos lucros, mas não de todo o acervo; porque é divida que o marido deve pagar á mulher com seus proprios bens; Cabed. Decis. 177. n. 2.; Valasc. Partit. Cap. 23. n. 8. Mas se posteriormente lhe provierão filhos ou outros descendentes, ou se, quando prometteu as arras, era viuvo com filhos de um outro casamento, em qualquer dos casos, as arras devem ser deduzidas da terça parte dos bens que ao tempo do contracto dotal o marido promissor podia livremente dispôr, ainda em favor de estranhos, e não do acervo de todos os bens; Gama Deciss. 308. n. 14.; Decis. 370. n. 4.; Valasc Partit. Cap. 23. n. 10.; Phaeb. Decis. 71. n. 2. segg.; Portug. Liv. 1. Praelud. 2. § 6. n. 39. segg. A Ord. falia expressamente dos filhos e outros descendentes, mas a sua razão comprehende á todos os herdeiros necessarios; Mello Freir. Liv. 2. tit. 9. § 30.

⁹⁰⁴ Ord. Liv. 4. tit. 95. § 4.; Valasc. Cons. 118. n. 10.; Per. Decis. 50.

⁹⁰⁵ Gama Decis. 308.

Liquidada assim a herança, reparte-se igualmente o liquido, capital e lucros, pertencente ao conjuge premorto por seus herdeiros legitimos, se outra cousa não dispôz por testamento (⁹⁰⁷). E se o conjuge premorto deixa filhos legitimos ou outros herdeiros necessarios, sommado o monte maior, e apurado o monte menor, como acima ficou dito, delle se deduz o capital e os lucros de cada um dos conjuges. A parte do conjuge premorto subdivide-se em tres partes, duas das quaes formão a legitima dos herdeiros, que reparte-se entre elles, segundo o direito que cada um tiver, e a terça adjudica-se á quem o testador deixou, e se a destribuiu em legados, ou fideicommissos, cumprem-se as verbas do testamento, como nellas se contem. Não havendo, porém, disposição testamentaria, succedem os herdeiros chamados pela lei.

No segundo caso, feito o inventario, e avaliação de todos os bens e das dividas activas e passivas, da somma total dos bens e dividas activas, forma-se o *monte-mór* e do liquido, depois de deduzido o passivo da herança, forma-se o monte menor, que divide-se em duas partes iguaes, sendo uma a do conjuge sobrevivente, e a outra a do conjuge premorto, que se reparte igualmente entre seus herdeiros, se por testamento não dispôz da terça á favor de algum delles, ou de algum extranho; mas se dispôz da terça, divide-se a sua meia acção em trez partes, duas das quaes dividem-se igualmente entre os herdeiros, e a terça reparte-se como fôr a vontade do testador (⁹⁰⁸);

⁹⁰⁶ Valasc. Partit. Cap. 23. n. 15.

⁹⁰⁷ Valasc. cit.

⁹⁰⁸ Valasc. Partit. Cap. 23. n. 21. segg. A regra estabelecida no texto supõem que não existem no casal senão bens e dividas communs; mas se com os bens communs concorrem bens ou dividas pessoaes e incommunicaveis, se faz necessario, para a partilha, fazer a separação dos bens pessoaes e dos communs existentes, e que cada um dos conjuges ou seus herdeiros confirão á massa commum tudo aquillo que lhe deve em recompensa ou indemnização de encargos incommunicaveis que forão satisfeitos por essa massa, assim como as dividas provenientes de fianças, as anteriores ao casamento, a importancia das bemfeitorias do prazo e outras semelhantes. Apurada a massa commum, cada um dos conjuges levanta os bens pessoaes que ainda existem ou aquelles que os substituirão; e, em falta de uns e outros, retira o valôr dos que forão alienados ou confundidos na communhão, e outras indemnizações que esta lhe deva. O

No terceiro caso finalmente procede-se á partilha de conformidade com o que estiver previsto no contracto antenupcial.

B) Entre herdeiros legitimados ou testamentarios

§ 129 Em falta de conjuge sobrevivente, e de disposição testamentaria, succedem os herdeiros necessarios na universalidade da herança, fazendo-se a partilha dos bens igualmente entre todos sem distincção de idade, sexo ou de serem filhos do primeiro ou do segundo matrimonio, e não havendo herdeiros necessarios succedem os legitimados, segundo a ordem legal da successão, dividindo-se os bens *in capita* ou *in stirpes*, conforme o direito de cada um (⁹⁰⁹). Se o defunto, porém, falleceo com testamento, deixando herdeiros forçados, se faz a partilha da legitima, dando-se quinhão igual á cada um d'elles, e da terça, como tiver sido a vontade do testador; e não tendo herdeiros necessarios, faz-se a partilha guardando-se as disposições do testamento, attendendo-se, que, sendo instituido um só herdeiro, á elle devem ser adjudicados todos os bens da herança; e sendo instituidos muitos sem determinação de partes, succedem todos por igual, fazendo-se a partilha *in capita* (⁹¹⁰), salvo se alguns forão nomeados conjunctamente, e considerados como uma só pessoa, assim como: *Instituo meu irmão Pedro e os filhos de meu tio Paulo* (⁹¹¹). No caso de serem determinadas as partes, cumpre-se a vontade do testador, e o residuo, se sobejar, pertence á todos em porção da parte que cada um tiver (⁹¹²). Ao herdeiro pode ser deixada, com

que resta forma a massa commum, que se divide, deduzindo cada um os valores que conferio.

E por ser o marido o administrador dos bens do casal, é responsavel á mulher pelo descaminho do que á ella pertence; e a sua indemnização faz-se primeiro que a do marido, começando pelo dinheiro, na falta d'este pelos bens moveis, e finalmente pelos immoveis da communhão; Coelho da Rocha § 250.

⁹⁰⁹ Ord. Liv. 4. tit. 82, 91, 96. pr.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. §§ 4, 5.

⁹¹⁰ Instit. Liv. 2. tit. 14. § 6.

⁹¹¹ D. Liv. 8. tit. 5. fragg. 11, 13.; Coelho da Rocha § 694.

⁹¹² Instit. Liv. 2. tit. 14. § 7.; Coelho da Rocha § 694.

preferencia aos outros, uma coisa determinada, ou em legado, ou pela sua parte da herança; e a respeito á da coisa legada é um legatário particular (⁹¹³). Se é herdeiro necessário, e o legado lhe foi deixado com preferência, não perde por isso o direito á sua legítima (⁹¹⁴). Não havendo herdeiros necessários e sendo a herança toda esgotada em legados, o herdeiro universal nada póde pedir com este fundamento, porque entre nós nunca foi recebida a lei Falcidia, nem o S. Consulto Trebeliano (⁹¹⁵).

C) Partilha da terça.

§ 130 Deduzida a legítima ou os dois terços dos bens do defunto, a outra parte que fica é o que se diz — *terça* (⁹¹⁶).

A terça considera-se, em regra, uma quota de bens, e não uma quota de herança, quer seja deixada com o nome de terça, quer seja instituída em coisa certa (⁹¹⁷). Deixa, porém, de se-lo e fica sendo uma quota de herança, quando o testador declara que instituiu alguém na sua terça porque o legatário assim instituído tem a posição de herdeiro universal, passando á elle as acções activas e as passivas (⁹¹⁸).

Quando o testador deixa legados na terça, quer á alguns dos herdeiros, quer á estranhos, é indispensável que na partilha se faça separação de taes deixas, ou lançando no quinhão do herdeiro legatário a quantia do legado, ou fazendo-se quinhão separado ao simples legatário(⁹¹⁹).

Quando ha herdeiros forçados, não entram na partilha os legados de coisa certa; porque são cousas alheias que se descrevem no

⁹¹³ Coelho da Rocha § 695.

⁹¹⁴ Coelho da Rocha § 695.

⁹¹⁵ Mello Freire. Liv. 3. tit. 7. §§ 21, 22.

⁹¹⁶ Ord. Liv. 4. tit. 82.

⁹¹⁷ Valasco Partit. Cap. 19. n. 2.; Reynos. Observ. 20. n. 1, 4.

⁹¹⁸ Valasco. cit. n. 4.; Reynos. Observ. 20. n. 7.

⁹¹⁹ Paiva e Pona Orph. Cap. 5. n. 1.: Menez. Juiz. Divis. Cap. 3. § 13.

inventario sómente, para saber-se, se excedem ou não os limites da terça do testador; e para que o cabeça de casal não fique responsável pelos sonegados, sendo as deixas de bens moveis (⁹²⁰).

Quaes são os bens que se contão para a deducção da terça.

§ 131 A terça se deduz sempre da somma dos bens existentes no poder do defunto inventariado ao tempo da sua morte, porque são estes somente os que constituem a herança propriamente dita (⁹²¹).

Portanto as collações que os filhos e outros descendentes fazem dos bens que receberão de seus paes contão-se juntamente com os bens que o defunto pae deixou ao tempo da morte para o complemento da legitima; mas não para a terça (⁹²²).

Pelo que resulta que ainda quando haja doações ou dotes conferíveis, se todavia os bens existentes em poder do inventariado ao tempo da sua morte são absorvidos pelas dividas, não ha terça, posto que o pae declare e mande que o beneficiado na terça por acto inter vivos ou de ultima vontade, tenha parte nos bens que os filhos trouxerem á collação (⁹²³), salvo se as doações e dotes conferidos são inofficiosos e lesivos das legítimas dos mais filhos; porque sendo os excessos nulos, considerão-se como se estivessem no dominio do pae ao tempo da morte(⁹²⁴).

⁹²⁰ Valasc Partit. Cap. 8. n. 51. E desnecessario que o escrivão faça formaes dos legados em cousa certa: porque o testamento basta para a prova d'elle onde convier; e o juiz do inventario e partilhas não é executor do testamento para mandar satisfazer legados d'esta especie, que não dependem da partilha; Menez. Juiz. Divis. Cap. 3. § 13.

⁹²¹ Qual o tempo que se attende para a avaliação dos bens da herança e da 3.^a veja-se o § 113.

⁹²² Valasc. Partit. Cap. 19. n. 11.; Gama Decis. 33. Corr. Telles Doutr. das Acç. 136. not. (3); Per. de Carv. Lin. Orph. § 64. not. 121.

⁹²³ Valasc. Partit. Cap. 19. n. 18, 19; Alm. Souza. Acç. Sum. Supl. Diss. 6.^a §§ 5, 6.; Cald. Empt. Cap. 10. n. 7.; Paiva e Pona Orph. Cap. 6 n. 13, 14.

⁹²⁴ Alm. Souza. Acç. Sum. Supl. Diss. 6.^a § 10.

D) Partilha dos fructos.

§ 132 Os rendimentos e fructos dos bens hereditarios, que não puderão ser inventariados com os outros bens á serem partilhados, podem ser descriptos por juramento do cabeça de casal, e avaliados pelos avaliadores em additamento ao inventario até o tempo da partilha. Os fructos pendentes não suspendem a partilha; e depois de julgada verificação-se os colhidos pelas contas tomadas ao cabeça de casal, debaixo de juramento citados todos os interessados, lavrando-se de tudo um auto circunstanciado; n'este acto o juiz com seu escrivão faz a divisão pelos herdeiros para que se entregue á cada um o que lhe tocar, e basta um simples mandado com a conta para o cabeça de casal satisfazer e entregar.

Quando houver demora na partilha, e durante esse tempo, se o cabeça de casal ou algum dos herdeiros, tiver percebido fructos dos bens da herança, e que devão entrar á collação da partilha na forma da lei⁽⁹²⁵⁾, taes fructos não devem ser lançados no quinhão d'esse herdeiro, inteirando o que elle devia haver dos bens da herança; porque isto traria desigualdade na partilha; mas o juiz procederá á um auto de contas, mandando que cada um declare com juramento os fructos que recebeu, o valôr e o preço d'elles, para partir por todos, dando á cada um a sua quota hereditaria (⁹²⁶).

⁹²⁵ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 4.

⁹²⁶ Menez. Juiz. Divis. Part. 1. Cap. 3. § 11. not. 1. A partilha não se suspende por causa d'esta tomada de coutas; mas deve sempre o juiz proceder á ella, deixando para depois a prestação das contas dos rendimentos dos fructos. As contas devem ser tomadas com citação d'aquel les que são obrigados á presta-las, assignando-se-lhes hora e lugar em que devem comparecer. Se não comparecerem tomão-se as coutas á revelia, calculando-se os fructos á seis por cento do valôr dos bens, ficando salvo aos herdeiros o direito para demandarem por acção ordinaria, quando achem lesão no calculo: Menez. Juiz. Divis. Part. 1. Cap. 3. § 11. not. 2.

IV) Forma da partilha.***A) Auto.***

§ 133 Deliberada a partilha, o juiz com seu escrivão e partidores formão o auto della, onde se declara a sua forma para servir de norma aos partidores. N'este acto o juiz manda sommar tudo em peças separadas, a saber: moveis, fructos, gado, bens de raiz e tudo quanto houver na herança. Em cada uma d'estas classes mandará fazer distincção, separando nos moveis o dinheiro, prata, ouro, mobilia &c., para que em um lanço d'olhos so conheça as differentes especies de bens, e se repartão com igualdade e commodidade das partes. Formado assim o auto, o juiz assigna á cada herdeiro o seu quinhão, o ao viuvo ou viuva a sua meia acção, doto ou arras, segundo tiver sido o casamento; e bem assim os bens sufficientes para o pagamento de cada um. Tambem separão-se bens, quantos sejam bastantes, á serem arrematados para com o producto d'elles serem pagos os credores e satisfeitas quaesquer outras disposições relativas á partilha da herança dividenda, tendo sempre em vista os contractos antinupciaes, as disposições do testador, os dotes constituídos, e quaesquer condições licitas feitas entre os herdeiros (⁹²⁷).

B) Conferencia da partilha.

§ 134 Formado o auto, procedem os partidores á partilha na presença do juiz de conformidade com a deliberação della, formando á

⁹²⁷ E' estylo practicado no juizo das partilhas o separar-se bens sufficientes para o pagamento dos legados deixados na terça, posto que alleguem os herdeiros que esses legados offendem as suas legitimas, ficando á estes o direito salvo de discutirem no juizo plenario, se o testador tinha terça de que pudesse dispor; porque, sendo esta questão de alta indagação, não pode ser decidida no juizo summario das partilhas; Themudo Decis. 297. n. 25, 26, 29.

Os bens separados para o pagamento dos credores devem ser arrematados em hasta publica; e satisfeitas as dividas, o resto, se houver, reparte-se entre os herdeiros. Na separação dos bens para o pagamento das dividas prefere-se os moveis aos de raiz, salvo sendo todos os herdeiros maiores, e concordarem em que se lhes dê bens de raiz; Menez. Juiz. Divis. Cap. 3. § 7.; Per. de Carv. Lin. Orph. §§ 75, 76. e notas.

cada herdeiro seu quinhão em bens, lançando-se por extenso nos autos em termos separados, e o juiz, conferindo a partilha com o auto d'ella, e achando conformes, assigna com os mesmos partidores, aliás manda emendar o corrigir qualquer engano ou falta que houver (⁹²⁸).

Assignada a partilha pelo juiz e partidores deve dar-se vista d'ella aos interessados, coherdeiros e ao Curador Geral para apontar os erros de facto ou de direito que constar dos autos, e serem emendados, posto que a lesão não chegue á sexta parte (⁹²⁹). Discutida a materia breve e summarissimamente, o juiz delibera por seu despacho, mandando prevalecer a partilha, ou corrigir pelos partidores os erros que houverem.

C) Da sentença.

§ 135 Feita e assignada a partilha judicial pelo juiz e partidores, e desembaraçada de quaesquer reclamações que se levantem, o juiz profere a sua sentença, julgando-a firme e valiosa, na forma que n'ella se contem e declara, para produzir os seus effeitos, salvo o prejuizo de terceiro.

Nas comarcas geraes, as partilhas feitas pelos Juizes dos Orphãos, Juizes Municipaes e Provedores dos Residuos e Capellas, são julgadas pelos mesmos juizes, se o monte não exceder á 500\$000, aliás

⁹²⁸ Alv. de 21 de Junho de 1759.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 3. § 4.: Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 2, pag; 467.

⁹²⁹ Valasc. Partit. Cap. 40. n 2, 3. ensina que isto se observa no juizo ordinario; mas que no juizo dos Orphãos não se dá vista da partilha feita pelos partidores antes de julgada por sentença; e acrescenta que esta practica do juizo dos Orphãos sempre lhe pareceo iniqua, e erronea; e que por isso deve ser absolutamente desprezada. Esta opinião, além de ser a do escriptor mais autorizado do nosso fôro, não é singular; e senão veja-se o que diz Menezes Juizos Divisorios Part. 1. Cap. 12. § 24. ibi:... *e quando esta (partilha) estiver feita, mandará outra vez, sendo necessario, ou sendo-lhe requerido, que digão antes da sentença os erros e defeitos, ou lesões; o que tudo se pode emendar antes da sentença, que as julgue perfectas e acabadas.* Concordão Mello Preir. Liv. 3. tit. 12. § 14.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 33.; Per. de Carv. Not. 192.; Paiva e Pona Orphan. Cap. 15. n. 27.; Corr. Telles Doutr. das Acç. § 151.

são julgadas pelos Juizes de Direito; nas especiaes porém, em todo o caso o julgamento pertence aos Juizes de Direito (⁹³⁰).

A sentença assim proferida extingue a communhão entre os herdeiros, os quaes devem ser mettidos na posse dos seus respectivos quinhões, ainda que alguns d'elles appellem, ou venhão com embargos á partilha (⁹³¹); e desde então podem reivindicar as cousas que por ella lhe forão adjudicadas, contanto que provem que o defunto tinha sido senhor dellas (⁹³²).

N'estes processos, como o negocio pertence á todos os herdeiros e interessados, e nem um delles é condemnado e nem vencido, não ha condemnação de custas, as quaes, sendo contadas pelo contador do juizo, repartem-se por todos, conforme os quinhões que recebem (⁹³³). O escrivão pode publicar a sentença, notificando ás partes para correr o prazo da lei (⁹³⁴).

D) Das cartas de Partilhas.

§ 136 Julgada a partilha por sentença, podem os herdeiros pedir as suas cartas, que sendo extrahidas pelo escrivão, de conformidade com a lei e assignadas pelo juiz, tem execução aparelhada (⁹³⁵). Estas

⁹³⁰ Lei de 20 de Setembro de 1871. art. 24 § 1., art. 25.; Regul. N.º 4.824 de 22 de Novembro de 1871 art. 64 § 2., art. 66. § 2.; Avis. de 15 de Outb. de 1872.

⁹³¹ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 22. A citada Ord. foi estabelecida em favor dos herdeiros; e o mesmo direito prevalece em todos os outros juizos divisorios; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 2. Mas não obstante a extincção da communhão que se opera pela sentença de partilhas cada um dos herdeiros tem o direito e acção para ser indemnizado pelos outros coherdeiros, se não póde tornar effectivo o gozo dos bens adjudicados, por lhe terem sido vencidos e tirados por terceiro que os reivindicou. A indemnização deve ser feita por todos em proporção, inclusive o evicto.

Mas para que o herdeiro conserve este direito é necessario que chame os outros coherdeiros á autoria da causa, em que se move litigio sobre taes bens; Valasc. Partit. Cap. 37.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 739. segg.; Coelho da Rocha §§ 492, 493.

⁹³² Peg. For. Cap. 5. n. 53, 54.; Silva á Ord. Liv. 3. tit. 91. § 1. n. 29.

⁹³³ Menez. Juiz. Divis. Cap. 4. § 1. not. 2.

⁹³⁴ Ord. Liv. 3. tit. 66. § 6.; Paiva e Pona Orph. Cap. 7. n. 48.

⁹³⁵ Valasc. Partit. Cap. 23. n. 25.

cartas são exequíveis, tão sómente entre o cabeça de casal e coherdeiros, que intervierão na mesma divisão , mas não contra terceiros (⁹³⁶).

Não sendo, porém, a sentença de partilhas proferida em juízo contencioso, não faz cousa julgada, ainda entre coherdeiros e porisso podem accionar no juízo plenário sobre o seu direito, não obstante a partilha julgada por sentença (⁹³⁷).

Não se extrahem cartas de sentença para orphãos e pessoas administradas, enquanto estiver a administração pendente, porque com uma simples relação dos bens, extrahida do inventario, pode o tutor ou curador, ou qualquer outro administrador, cuidar de taes bens e só no fim da administração é que se faz necessario que se extrahião para se entregar á quem pertencer a livre administração do que lhe pertence em partilhas; comtudo não se prohibem sendo requeridas (⁹³⁸).

⁹³⁶ Cod. Liv. 7. tit. 56. fr. 2.; Ord. Liv. 3. tit 81. pr.; Silva á Ord. Liv. 3. tit. 91. n. 27. Maced. Decis. 64. n. 3.; Alm. Souz. Exec. Cap. 1. § 4.

⁹³⁷ Silva á Ord. Liv. 3. tit. 91. § 1. n. 29.; Themud. Decis. 297. n. 28, 45, 47, 53.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 903.

⁹³⁸ Menez. Juiz. Divis. Part. 1. Cap. 4. § 3. As cartas de sentença para serem exequíveis devem conter pro forma. 1.º) Autuação; 2.º) A petição e auto do inventario; 3.º) A declaração de herdeiros; 4.º) A collação do herdeiro em favor de quem se passa o formal; 5.º) As procurações; 6.º) As declarações com que se encerra o inventario; 7.º) O despacho da deliberação da partilha; 8.º) A citação dos herdeiros para verem proceder á partilha; 9.º) O auto e calculo da partilha e pagamento respectivo; 10.º) A sentença que a julgar. Regimento das custas de 2 de Setembro de 1874, art. 136 —.

TITULO TERCEIRO

DOS RECURSOS

NOÇÃO.

§ 137 Os recursos legaes de que pode a parte usar contra a injustiça ou gravame da sentença, são: os embargos, a appellação, os agravos e a revista. Esgotados estes meios, ou não interpostos nos prazos legaes, só resta a acção ordinaria.

E como no juizo *familae erciscundae*, as partilhas, quer judiciais, quer extrajudiciais, depois de feitas e acabadas, não se rescindem estes remedios, em regra, não aproveitão senão para a emenda dos erros e lesões que houverem, compondo-se aos herdeiros lesados a sua direita parte, sem que se annulle a partição (⁹³⁹).

Mas como a lei falia sómente da partilha feita e acabada, cujos erros e lesões excedem á sexta parte ou mais da metade do quinhão do herdeiro que se queixa, e não das partilhas nullas, nem da lesão enormissima; prevalecem n'estes casos as disposições de direito, segundo as quaes a sentença nulla não passa em julgado para o effeito de poder a parte em todo o tempo se oppôr contra ella (⁹⁴⁰). E a razão é que o acto nullo, ou lesivo em tanta quantidade que faça presumir o dolo o a malicia, não tem existencia legal (⁹⁴¹); e isto se deduz da Ordenação do Livro quarto, titulo noventa e seis, para-grapho dezoito, nas palavras: *Se não desfazão*, as quaes não podem referir-se se não ás partilhas validamente feitas; porque a palavra *desfazer* supõem acto feito era forma legal (⁹⁴²).

⁹³⁹ Instit. Liv. 4. tit. 17. § 7.; Ord. Liv. 4. tit. 96. §§ 18, 19, 20; Valasc. Partit. Cap. 39. n. 15. segg.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 2, 14. e nota; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 1. segg.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. 716.

⁹⁴⁰ Ord. Liv. 3. tit. 75.; tit. 66. § 6.; tit. 87. § 1.; Per. de Revis. Cap. 5. n. 6.; Peg. For. Cap. 5. n. 22.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 3. n. 1., e Cap. 5.; Valasc Partit. Cap. 39. n. 54. Mello Preir. Liv. 3. tit. 12. § 14.

⁹⁴¹ Ord. Liv. 3. tit. 75.; Liv. 4. tit. 13. § 10.; Valasc. Partit. Cap. 39. n. 54.

⁹⁴² Valasc. Partit. Cap. 39. n. 76.; Per. de Carv. Lin. Orph. Nota 19.

A) As partilhas podem ser emendadas:

I) Por embargos:

1.º) Sendo judiciais e por inventário:

a) Quando estão feitas pelos partidores, mas não julgadas por sentença, se a parte que se diz lesada pede vista e deduz a sua queixa por allegações de direito, concluindo ter sido prejudicado com a partição; e neste caso pode o juiz, achando provado o allegado, corrigir e emendar qualquer erro ou lesão por mínimo que seja (⁹⁴³); b) quando as partilhas estão feitas e acabadas e julgadas por sentença, allegando algum dos herdeiros que fôra lesado (⁹⁴⁴); mas por este remédio, na instancia inferior não se attendem senão os erros e lesões que excedem a sexta parte do quinhão do herdeiro que se queixa (⁹⁴⁵); e) quando as partilhas estão feitas e acabadas e os herdeiros na posse dos seus quinhões hereditarios, allegando algum d'elles, que fôra lesado ao menos na sexta parte do que lhe deveria pertencer, sem embargo de ter deixado correr o decendio sem interpôr appellação e ter tirado a carta de partilha (⁹⁴⁶); e por mais forte razão tem lugar a emenda, havendo lesão enorme ou enormissima, sendo os embargos oppostos nos prazos legais (⁹⁴⁷); d) em grau de execução, allegando o herdeiro nullidades, injustiças, erros ou lesões contra a partilha (§ 166) (⁹⁴⁸).

⁹⁴³ Valasc Partit. Cap. 40. n. 2.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 24.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 719.

⁹⁴⁴ Per. de Carv. Lin. Orph. Not. 195.

⁹⁴⁵ Valasc. Partit. Cap. 39. n. 16.; Cap. 40. n. 6.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 719. Not. (c), e § 720.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 1, 3. A sexta parte se entende respectivamente á todo o quinhão do herdeiro que allega a lesão; Ord. Liv. 4. tit. 96. § 20. E não basta que haja no preço d'uma ou de outra cousa que fôra adjudicada ao herdeiro, ainda é necessario que seja em relação á todo o quinhão d'elle; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 46.; Cap. 39. n. 28.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 718.

⁹⁴⁶ Valasc. Partit. Cap. 40. n. 11, 12.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 3.; Ord. Liv. 4. tit. 96. § 19.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 721.

⁹⁴⁷ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 18.: tit. 13. §§ 5, 6.; Valasc. Partit. Cap. 40. n. 11.: Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 19, 20, 23.

⁹⁴⁸ Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 14. n. 5.

2.º) E sendo feitas extrajudicialmente, por embargos oppostos na execução pela forma indicada no § 139.

II) Por appellação, sendo interposta no decendio, allegando e provando algum dos herdeiros que fôra lesado, com a declaração de que na instancia superior podem ser emendados quaesquer erros ou lesões, ainda menores que a sexta parte (⁹⁴⁹).

III) E se as partilhas forão feitas por louvados, pelos meios que permittem as Ordenações do livro terceiro, titulo desesete, paragrapho quinto, e titulo setenta e oito, paragrapho segundo, e do livro quarto, titulo primeiro, paragrapho primeiro (§ 150).

IV) Por acção, quer tenham sido feitas judicial ou extrajudicialmente, allegando algum dos herdeiros, dentro d'um anno, lesão na sexta parte (⁹⁵⁰); dentro de quinze annos, lesão enorme (⁹⁵¹); e dentro de trinta annos, lesão enormissima (⁹⁵²).

⁹⁴⁹ Valasc. Partit. Cap. 39. n. 31.; Cap. 40. n. 7.; Per. Decis. 66. n. 3.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 25.; Alm. Souz. Seg. Lin. Not. 644; Obrig. Recipr. § 720. Esta é a praxe que tem prevalecido no fôro, não obstante as observações judiciosas que, em contrario, faz Valasc. Partit. Cap. 39. n. 34. segg.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 14

⁹⁵⁰ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 19.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 716. A lesão de que falia a citada lei é aquella que resulta de terem sido avaliadas as cousas hereditarias como não devião se-lo. ficando a partilha desigual, por se adjudicarem á uns, bens estimados em preços baixos, e á outros, bens estimados em preços altos; mas quando a lesão resulta do engano ou erro que tiver havido em lançar nos quinhões bens impartíveis, alheios, de prazos vitalícios ou de livre nomeação ou de terem sido repetidos, trocados e esquecidos alguns bens etc., em todos estes casos se deve indemnizar e corrigir a lesão, por minima que seja; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 709; Menez Juiz. Divis, Cap. 5. § 7. n. 3.

⁹⁵¹ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 18.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 23. A lesão enorme deve ser demandada no mesmo juizo onde se fez a partilha, para que se appensem os autos, como dependentes, e se julgar no mesmo juizo que ficou certo pela continencia da causa; Cod. L. iv. 3. tit. 1. fr. 10.; Mend. Part. 1. Liv. 3. Cap. 3. § 3. n. 13. E se a mesma regra procede, ainda no caso em que hajão orphãos ao tempo da emenda da partilha, veja-se Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 17. n. 6.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. n. 13.

⁹⁵² Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 23.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 715. Na lesão enormissima presume-se o dolo e por isso restitue-se a cousa com os fructos desde o tempo do contracto ou da partilha, como bens alheios; Ord. Liv. 4. tit. 13. § 10.; Barb. Rem. á cit. Ord. Gama Decis. 94. n. 1, 3.

B) E podem ser declaradas nullas, sendo a nullidade deduzida, assim por embargos á sentença, como á sua execução, ou por acção pelos meios ordinarios (⁹⁵³).

SECÇÃO PRIMEIRA

DOS EMBARGOS

A) Contra as partilhas feitas por processo e tela judiciaria.

§ 138 As partilhas judiciaes e feitas por inventario, podem ser declaradas nullas ou emendadas por embargos, assim oppostos ás sentenças, como á execução.

Antes de extrahidas as cartas podem as partes pedir vista dos autos para examinarem a forma da partilha e os erros de que esteja afectada, afim de formarem embargos ou recorrer por appellação: esta vista concede-se por vinte e quatro horas, e allegando as partes lesão enormissima (⁹⁵⁴), nullidade notoria (⁹⁵⁵), solução provada com quitação

⁹⁵³ E' admissivel a acção de nullidade sómente para o effeito de declarar-se que a sentença é nulla de pleno direito; mas tendo-se conhecido d'essa nullidade em grau de Revista, não pode a mesma materia ser reproduzida no mesmo juizo, salvo havendo nullidade na mesma sentença de Revista que careça de remedio por meio de acção; Ord. Liv. 3. tit. 75.; Lei de 3 de Novembro de 1768; Menez. Juiz Divis. Cap. 5. Not. 6. E o juizo competente para conhecer d'esta acção é o do fôro do réo; Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. § 8. Not. 9.

⁹⁵⁴ Valasc Partit. Cap. 39. n. 54. segg. Nem uma lei definio o que seja lesão enormissima; e em falta de lei, divergem os jurisconsultos em pareceres; mas passa por mais acertado, que, havendo duvida, fica ao prudente arbitrio do juiz declarar se a lesão é ou não enormissima; Valasc. Partit. Cap. 39. n. 57. Molina de Primog. Liv. 2 Cap. 3. n. 1.

⁹⁵⁵ São nullidades insanaveis e impedem a execução da sentença de partilha:

1.º) A falta de citação dos herdeiros e do cabeça de, casal para o inventario e partilhas; Ord. Liv. 4. tit. 96. § 1.; Liv. 3. tit. 75. pr. tit. 78. § 1. Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 9. n. 8.; Coelho da Rocha § 494. Se o herdeiro requereu alguma coisa no inventario ou juntou procuração, fica suprida a nullidade, França ad Mend. Arest. 38 n. 9, 12.; Alm. Souz. Not á Mello Liv. 3. tit 12. 3. n. 3.

2.º) Se no processo interveio herdeiro supposto; Per. Souz Lin. Civ. Not. 1021. Coelho da Rocha § 494.; ou quando, ignorando-se que houvesse outro coherdeiro, ou não se ignorando, mas reputando-se morto, não se lhe fez sorte no inventario. Neste

(⁹⁵⁶), restituição de menores (§ 140) (⁹⁵⁷), e vindo os embargos provados com documentos, ou concluindo com os próprios autos, em taes casos devem ser recebidos logo, sem vista as partes, nos mesmos autos, para serem contrariados e disputados, ficando suspensa a extração das cartas até sentença final (⁹⁵⁸).

Mas sendo os embargos consistentes em materia de facto e de direito, que não tem a sua prova nos autos das partilhas, mas são de alta indagação, bem como erro de avaliações, dotes e outros de igual natureza e importancia, não devem ser recebidos senão em auto apartado para serem contrariados, convertendo-se em uma causa ordinaria (⁹⁵⁹).

E ainda depois de ter um herdeiro tirado a sua carta de partilha, e de proceder-se por ella á execução, entrando na posse do seu

caso a nullidade prevalece sómente a respeito delle; e por isso vindo, não se annullão as partilhas, nem se reiterão, mas só os coherdeiros ficão obrigados *pro rata* prefazer-lhe a sua parte; Valasc. Partit. Cap. 7. n. 18; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 9. n. 47

3.º) A incompetencia do juiz; Ord. Liv. 3. tit. 75. pr.; tit. 87. § 1.: Valasc. Partit. Cap. 39. n. 1. Por praxe supre-se na instancia superior a incompetencia do juiz da primeira instancia, não apparecendo no processo erros e lesões que devão ser reparados ou outra nullidade insanavel; porque aquelle juizo, com superior, é competente para julgar nas causas de quaesquer juizos inferiores em jurisdicção, salvos os casos exceptuados na Ord. Liv. 3. tit. 63., deste é o estylo de julgar que attesta Valasc. Partit. Cap. 39. n. 73, 74, 76.

4.º) Se estão tão desordenadas as partilhas que se não pode emendar: Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. n. 6, 7.; Coelho da Rocha § 494.

5.º) O falso procurador; Ord. Liv. 3. tit. 87. § 1.

6.º) A peita do juiz; Ord. Liv. 3. tit. 87. § 1.

7.º) A partilha contra outra partilha feita e julgada; Ord. Liv. 3. tit. 66. § 6. tit. 87. § 1.; tit. 75. pr.

8.º) A falta de curador aos menores; Ord. Liv. 3. tit. 41. §§ 8, 9.

9.º) A falta de procuração ou de citação da mulher, casada; Ord. Liv. 3. tit. 87. § 1.; tit. 47.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 9. n. 24, 28.

10.º) A falta de citação dos menores puberes, ainda que tenham pae, e do tutor, quando são impuberes; Ord. Liv. 3. tit. 41. §§ 8, 9; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 9, n. 26.

⁹⁵⁶ Ass. de 4 de Março de 1690.

⁹⁵⁷ Valasc. Partit. Cap. 39. n. 37. segg.; Cons. 112.

⁹⁵⁸ Veja-se o § 166. e nota 1143.

⁹⁵⁹ Ord. Liv. 4 tit. 96. § 22.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 8, 9.; Cap. 5. n. 21.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 721.; Barb. Rem. á Ord. cit. n. 1. Quando os embargos são assim recebidos sem suspensão, entra o exequente logo na posse dos seus bens independentemente de fiança; Barb. Rem. a Ord. Liv. 3. tit. 86. § 3. n. 11.; Mend. Part. 2. Liv. 4. Cap. 3, n. 10.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1 n. 11. 12.; Mor Exec. Liv. 6. Cap. 10. n. 2. Sendo nova a materia dos embargos e dependente de prova, a melhor praxe é usar da acção de lesão na sexta parte, enorme ou enormissima, segundo o caso fôr; porque corre a causa mais desembaraçadamente; Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. § 4.

quinhão hereditario, pode vir com embargos á mesma partilha, contanto que allegue, dentro de um anno, lesão na sexta parte; dentro de quinze annos, lesão enorme; e de trinta annos, lesão enormissima; porque, emquanto não se findão estes prazos, a sentença não passa em julgado⁽⁹⁶⁰⁾.

Nos processos de inventarios e partilhas não são admissiveis embargos de terceiro senhor e possuidor ⁽⁹⁶¹⁾.

B) Contra as partilhas extrajudiciaes.

§ 139 Quando, porém, as partilhas forão feitas extrajudicial e amigavelmente entre coherdeiros com louvados ou sem elles, posto que ao depois fossem reduzidas á autos publicos, a sentença confirmatoria das partilhas assim acordadas, não tem a mesma força e eficacia que as sentenças extrahidas dos processos de inventarios e partilhas feitas judicialmente e não sendo rigorosamente uma sentença, a sua execução não se regula pelas mesmas disposições do direito que regem as execuções das mais sentenças, senão pelas que são applicaveis ás execuções dos contractos ⁽⁹⁶²⁾. Portanto, se algum co-herdeiro extrahe carta de sentença confirmatoria das partilhas amigaveis, esta carta pode ser embargada na execução , e os embargos tem força suspensiva, assim como os oppostos aos mandados executivos á que

⁹⁶⁰ Valasc. Partit. Cap. 40. n. 11. 12.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 23.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. n. 1.; Per. de Carv. Lin. Orph. Nota 196, 198.

⁹⁶¹ D. Liv. 10. tit. 2. fr. 2. pr.; França á Mend. Part. 1. arest. 35. n. 5. Aquelle, porém, que tiver noticia de que uma cousa sua fôra inventariada com os bens d'algum defunto, pode requerer ao juiz do inventario que mande tomar por termo nos autos o seu protesto de impugnar á todo o tempo esse acto, quando seja inquietado em sua posse.

Este protesto, posto que tomado por termo nos autos, não suspende o curso do processo; Alm. Souz. Acç. Sum. § 333. E se depois de feita a partilha esse terceiro fôr inquietado na sua posse, pode oppôr contra a execução da Carta de partilha embargos de nullidade e de espolio, sendo restituída á sua posse logo que os embargos forem recebidos nos proprios autos da execução, onde deve constar a nullidade pela falta de citação e o espolio pela falta de audiencia; Menez. Juiz. Divis. Cap. 2. § 35. notas 1, 2, 3. ⁹⁶² Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 78. § 12. n. 2, 3.; Guerr. For. Quest. 41. n. 8.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 722.

não precede sentença condemnatoria, cessando em tal caso o rigor da lei (⁹⁶³).

E se os herdeiros fizerão as partilhas extrajudicialmente por escriptura publica, quer fossem ao depois confirmadas por sentença, quer não, em qualquer dos casos tem, para a sua execução, acção de assignação de dez dias, que a lei concede á todas as escripturas publicas entre as proprias partes contractantes (⁹⁶⁴). E se o herdeiro demanda por esta acção, pode allegar no decendio embargos de lesão na sexta parte, lesão enorme ou enormissima, ou qualquer erro, engano ou fraude (⁹⁶⁵).

Sendo os embargos relevantes e provados no decendio, se recebem suspensivamente, aliás devem ser recebidos com condemnação, e n'estes casos discute-se a causa ordinariamente com replica e treplica, sem prejuizo da sentença condemnatoria (⁹⁶⁶). E se o réo não offerece embargos no decendio ou os que offerece não relevão, ainda que provados sejam, deve ser condemnado segundo o acordado na escriptura (⁹⁶⁷).

Mas se as partilhas extrajudiciaes não forão reduzidas á escripturas publicas, e sim á escriptos particulares, não sujeitão as partes á esta acção, sem que reconheção, que o escripto foi feito e assignado por ellas, ou assignado sómente com reconhecimento de haverem feito a obrigação constituida no mesmo escripto (⁹⁶⁸).

⁹⁶³ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 22.; Alm. Souz. cit.

⁹⁶⁴ Ord. Liv. 3. tit. 25.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 723.

⁹⁶⁵ Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 723.

⁹⁶⁶ Ord. Liv. 3. tit. 25. § 2.; Mend. Part. 1. Liv. 3. Cap. 22. n. 53.; Prax. Bras. § 274.

⁹⁶⁷ Ord. Liv. 3. tit. 25. § 2.; Mend. Part 1. Liv. 3. Cap. 22. n. 53.

⁹⁶⁸ Ord. Liv. 3. tit. 25. § 9.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 724.

C) Dos embargos de restituição

§ 140 Os menores e as pessoas administradas ⁽⁹⁶⁹⁾, tem direito de pedir, por via de embargos, que o negocio em que se achão lesados seja restituído ao estado em que estava antes de practicada a lesão ⁽⁹⁷⁰⁾. Este beneficio estende-se á qualquer lesão posto que menor em quantidade que a sexta parte do que directamente devia haver o lesado ⁽⁹⁷¹⁾, e pode usar delle o menor até 29 annos completos, tendo sido feita a lesão durante a sua minoridade; e por isso não se restringe ao anno ou aos quinze annos que a lei marca para ser allegado em outros casos ⁽⁹⁷²⁾.

Os embargos de restituição suspendem a extração dos formaes de partilhas, e a posse dos quinhões ⁽⁹⁷³⁾, mas estando a

⁹⁶⁹ São equiparados aos menores, os furiosos, mentecaptos, os prodigos julgados por sentença, as Igrejas, a Fazenda Nacional, as Camaras Municipaes, as corporações Ecclesiasticas, e quaesquer outras que, segundo o direito, gozão do beneficio da restituição; Ord. Liv. 3. tit. 41. § 4.; Ass. de 30 de Agosto de 1779; Lei de 21 de Outb. de 1811 § 3.

⁹⁷⁰ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 21.; Valasc. Partit. Cap. 39. n. 37. A restituição pode ser pedida ou contra os actos omittidos no processo, ou contra a injustiça da sentença; Ord. Liv. 3. tit. 41. pr. § 1.; tit. 86. § 6.; o que importa o mesmo que pedir, ou a restauração da lide, ou que a sentença se reforme para melhor. Na petição em que se requer os embargos deve-se declarar logo: Se se pede a restituição contra a sentença por injusta, ou contra os actos do processo, especificando-se n'este caso quaes elles sejam; e sem esta declaração não são admissiveis, nem a petição, nem os embargos. Sendo os embargos derigidos contra a sentença, só devem mostrar a injustiça d'ella, sem articular materia nova; porque se fôra permittido provar de novo, então seriam os embargos contra os actos do processo, e não contra a sentença.

Cumpre observar que na primeira instancia, por via de embargos, só pode ter lugar a restituição contra os actos do processo; mas não contra a injustiça da sentença, se o menor, ou a pessoa que goza d'este favor da lei, ainda pode appellar; porque em quanto ha remedio ordinario, não tem lugar o extraordinario; Ord. Liv. 3. tit. 41. § 2.; Cald. ad Leg. Si Curat. Cod. de Restit. in integr. verb. *sua facilitate* n. 10.; Gomes Diss. 4. n. 6. Deduzidos uma vez os embargos de restituição não é mais licito repetir o acto de embargar a mesma materia; Ord. Liv. 3. tit. 88. pr. Gomes Diss. 4. n. 2.; Prax. Bras. § 322 nota (c).

⁹⁷¹ Valasc. Partit. Cap. 39. n. 38, 40.

⁹⁷² Valasc Partit. Cap. 39. n. 42.

⁹⁷³ Valasc. Partit. Cap. 39. n. 43. segg. Cons. 112. n. 6. Em contrario sustentão Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 13.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 9. Mas a opinião d'estes escriptores é a menos seguida, e menos provavel; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 14. n. 5.

execução já feita não se faz inovação, conservando-se tudo no mesmo estado, até a decisão final (⁹⁷⁴).

Nem tem os embargos efeito suspensivo: 1.º) quando a restituição é demandada por acção ordinaria, salvo se a lesão consta evidentemente dos autos, ou por instrumentos (⁹⁷⁵); 2.º) quando é pedida maliciosamente para retardar a execução (⁹⁷⁶); 3.º) ou por homem casado por parte de sua mulher menor, dando o exequente, nestes dous ultimos casos, satisfação com penhores ou fiadores bastantes (⁹⁷⁷).

Quando a lesão é manifesta nos autos, sem outra prova; emenda-se logo a partilha; mas se os embargos dependem de prova seguem o curso ordinario (⁹⁷⁸), e á final sendo provados, o juiz manda emendar, ou desfazer a partilha para tornar á partir de novo (⁹⁷⁹).

SECÇÃO SEGUNDA

DA APPELLAÇÃO

Noção geral.

§ 141 A appellação é a legitima provocação que se faz do juiz inferior ao juiz superior para reparar o gravame (⁹⁸⁰).

⁹⁷⁴ Ord. Liv. 3. tit. 41. § 4.; tit. 86. § 6.; tit. 87. § 2. Valasc Partit. Cap. 39. n. 48. Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. n. 2.; Mor. Exec Liv. 6. Cap. 9. n. 44.

⁹⁷⁵ Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 9. n. 45. vers. *Restringe* 4.; D. Liv. 4. tit. 4. fr. 34. § 1.

⁹⁷⁶ Ord. Liv. 3. tit. 41. § 5.; Valasc. Partit. Cap. 39. n. 49.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 9. n. 43.

⁹⁷⁷ Ord. Liv. 3. tit. 41. § 5.; Valasc. Partit. Cap. 39. n. 52.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 9. n. 45.

⁹⁷⁸ Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. § 6.

⁹⁷⁹ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 21.; Valasc. Cons. 112.; Partit. Cap. 39. n. 37.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. § 7. not. 1, 2.

⁹⁸⁰ Ord. Liv. 3. tit. 68. pr.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 29.; Per. Souz. Lin. Civ. § 309. Não é, porém, recebido appellar, o que por alguma maneira consentio na sentença dada contra elle, practicando, sem protesto, alguns actos contrarios ou incompativeis com a appellação; Ord. Liv. 3. tit. 79. § 2.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 53. Comtudo alguns escriptores entendem não haver consentido na sentença o herdeiro que tem

Nas causas de inventários e partilhas o gravame pode consistir na injustiça, lesão, erros e nulidades do processo (⁹⁸¹). E para a reparação do gravame, por mínimo que seja, é lícito apellar:

1.º) Das sentenças definitivas ou interlocutorias com força de definitivas, proferidas nos processos de inventários e partilhas, feitas por inventário judicial, ainda que o appellante tenha sido verdadeiro revel (⁹⁸²);

2.º) Das avaliações e partilhas feitas por louvados escolhidos á aprasimento das partes, sem intervenção da justiça, posto que tenham sido as partilhas julgadas por sentença (⁹⁸³);

3.º) Das decisões do juiz que pronuncia sobre o arbitramento, ou partilha feita por louvados escolhidos á aprasimento das partes, por mandado da justiça (⁹⁸⁴);

4.º) Das decisões do juiz que obrigão dar bens á inventário e partilhas (⁹⁸⁵)

tirado a sua carta de partilha, podendo ainda interpôr appellação: Valasc. Partit. Cap. 40. n. 10, 11, 12.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 38; mas esta opinião é reprovada por Per. Decis. 66., que parece opinar com mais acerto.

⁹⁸¹ Valasc Partit. Cap 39. n. 33.; Cap. 40. n. 7.

⁹⁸² Ord. Liv. 3. tit. 69. § 3.; tit. 70. pr.; tit. 79. § 3.; Reg. de 22 de Setembro de 1871. art. 71.; Silv. ad Ord. Liv. 3. tit. 70. pr. ad Rubr. art. 7. n. 1.; Dispos. Prov. art. 15.; Lei de 3 de Dezembro de 1841. art. 123; Reg. de 15 de Março de 1842. art. 30.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 41. Desta regra exceptua-se a sentença pela qual o juiz se pronuncia competente ou incompetente para conhecer da causa; porque posto que seja interlocutoria com força de definitiva, Salg. de Reg. Protect. Part. 2. Cap. 1. n. 38. segg., Atimar. de Nullit. Sent. Rubr. 3. Ques. 3. n. 49., comtudo por direito patrio sómente é admissivel o agravo de petição ou instrumento; Ord. Liv. 3. tit. 20. § 9.; Gama Decis. 159.; Cabed. Decis. 156. n. 1.; Thom. Valasc. Alleg. 53. n. 5.

⁹⁸³ Ord. Liv. 3. tit. 78. § 2.; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 37. segg.; Cap. 39. n. 30.; Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 1. n. 56. segg.

⁹⁸⁴ Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3.; Silva á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3. n. 12.; e Liv. 4. tit. 1. § 1. n. 66, 67.; Salgad. de Reg. Protect. Part. 3. Cap. 13. n. 7.; Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 1. n. 3, 4.

⁹⁸⁵ Da decisão do juiz que obriga á dar bens á inventário e partilhas pode appellar a parte que se sentir agravada, observando-se, que se o juiz procede *ex officio*, a appellação recebe-se no effeito devolutivo; e se procede á requerimento de parte, o recebimento é sempre em ambos os effeitos; mas do despacho que manda proceder á simples descripção de bens não é admissivel em caso algum appellação com effeito suspensivo;

5.º) E das sentenças que mandão proceder á sequestro nos bens da herança, salvo se já pende em juizo a causa de inventario e partilhas, nos casos em que a lei manda e preceitua o sequestro, como um incidente d'ella (⁹⁸⁶).

Não é, porém, admissivel a appellação da decisão do juiz que manda reduzir a avaliação á arbitrio de bom varão (⁹⁸⁷), nem da decisão do terceiro arbitrador nomeado pelas partes ou pelo juiz, não se querendo as partes louvar, para desempatar o segundo arbitramento ou a partilha (⁹⁸⁸).

O recurso de appellação, posto que interposto por um só dos coherdeiros, é commum á todos, podendo o juiz socorrer á qualquer d'elles que achar lesado (⁹⁸⁹).

Interposição da appellação.

§ 142 A appellação pode ser interposta, ou em audiencia ou por despacho do juiz e termo nos autos, intimada a parte contraria ou seu procurador (⁹⁹⁰). Este recurso deve ser intentado dentro de dez dias improrogaveis, contados da publicação da sentença, estando as partes

Gruerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 1. n. 42. vers. *In hoc dubio*; Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 26.; Peg. For. Cap. 15. n. 182.

⁹⁸⁶ Ord. Liv. 4. tit. 95. §§ 2, 3.; tit. 96. § 12. Este é o estylo que attesta Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 35. § 8.; Cap. 4. n. 54. pag. 113. Repert. verb. *Juiz das Partilhas faz sequestro dos bens* nota (d). Do despacho pelo qual se não manda proceder ao sequestro nos bens da herança quando o cabeça de casal dilata a partilha entre os herdeiros, o recurso admissivel é o agravo de petição ou de instrumento na forma da Ord. Liv. 4. tit. 96. § 13.; Reg. de 15 de Março de 1842. art. 15.; Reg. de 12 de Nov. de 1873. art. 6.

⁹⁸⁷ Ord. Liv. 3. tit. 17. § 4.; Silva á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3. n. 11.; Valasc Partit. Cap. 9. n. 48.; Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 1. n. 44.; Barb. Rem. á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 4. n. 3. Lemitase, porém, esta regra no caso de lesão enormissima; porque esta nunca se entende excluida; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 51.; Barb. Rem. á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 4. n. 4.

⁹⁸⁸ Ord. Liv. 3. tit. 17. § 4.; Peg. For. Cap. 15 n. 215.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 12. n. 32.; Liv. 2. Cap. 1. n. 44, 45.; Valasc Partit. Cap. 9. n. 60.

⁹⁸⁹ Ord. Liv. 3. tit. 80. § 1.; tit. 72.; Valasc. Cons. 51. n. 24

⁹⁹⁰ Ord. Liv. 3. tit. 70. pr. § 1.; Dispos. Prov. art. 15.; Reg. de 3 de Janeiro de 1833. art 48.

presentes ou seus procuradores na audiência, ou da intimação ou da notícia, estando ausentes (⁹⁹¹). Corre o decendio de momento á momento, e não se interrompe pelas ferias supervenientes (⁹⁹²), nem pode ser prorogado pelo juiz, ainda que as partes consintão (⁹⁹³).

Não é necessaria a ratificação em audiência da interposição da appellação, contanto que seja reduzida á termo, e intimada á parte dentro do decendio (⁹⁹⁴). Sendo a appellação interposta de sentença proferida pelo juiz de Paz, basta um simples termo, notificada a parte contraria (⁹⁹⁵).

Nas Comarcas geraes a appellação das sentenças proferidas pelos juizes de Direito podem ser interpostas perante estes ou perante os juizes Municipaes e d' Orphãos. Nos mais casos deve ser interposta perante o juiz que houver proferido a sentença (⁹⁹⁶).

Duvida-se, porém, se o menor, depois do decendio, pode appellar pelo beneficio da restituição. A opinião mais segura é que pode appellar, se letigou por si mesmo; mas não se letigou por procurador, porque este é responsavel pelo seu prejuizo (⁹⁹⁷).

A interposição *ex officio* faz-se por uma simples declaração no final da sentença (⁹⁹⁸).

⁹⁹¹ Ord. Liv. 3. tit. 18. § 13.; tit. 70. pr.; tit. 79. § 1.; Reg. de 3 de Janeiro de 1833. art. 47.; Mend. Part. 2. Liv. 2. Cap. 10. n. 1.

⁹⁹² Barb. Rem. á Ord. Liv. 3. tit. 70. pr. n. 18. Á parte vencida, estando ausente do lagar em que fôr proferida a sentença, pode appellar d'ella dentro dos dez dias da notícia, perante o juiz do teritorio em que se achar, requerendo que se lhe assigne um termo razoavel para fazer a ratificação na audiência do juiz que deo a sentença; Ord. Liv. 3. tit. 70. § 1.

⁹⁹³ Gama Decis. 389. n. 1.; Barb. Rem. á Ord. Liv. 3. tit. 70. pr. n. 12.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 51.

⁹⁹⁴ Dispos. Provis. art. 15. Reg. de 12 de Novembro de 1873. art. 12.

⁹⁹⁵ Reg. de 22 de Novembro de 1871 art. 63. § 6.

⁹⁹⁶ Reg. de 12 de Novembro de 1873. art. 14.

⁹⁹⁷ Cald. ad Leg. Si Curat. Cod. de Rest. in integr. verb. sua facilitate. n. 34, 35, 36.

⁹⁹⁸ Gouv. Pinto Part. 2. Cap. 12. art. 2. edição de 1820.

Da avaliação da causa

§ 143 Interposta a appellação, qualquer das partes pode fazer citar á outra para na primeira audiencia proceder-se á louvação de louvados que avaliem a causa (⁹⁹⁹). Feita a louvação, se os louvados nomeados são advogados do fôro, se lhes faz os autos com vista para darem o seu laudo, aliás o dão no cartorio do escrivão, que o toma por termo nos autos. Tendo os louvados proferido o seu laudo, podem as partes pedir vista para dizerem sobre os efeitos do recebimento; e discutida a sua materia, sobem os autos conclusos ao juiz para o despacho de recebimento.

E' porém desnecessaria a avaliação:

1.º) Nas causas até 100\$000 e 500\$000, julgadas pelos juizes de Paz e juizes Municipaes e de Orphãos (¹⁰⁰⁰);

2.º) Quando a causa contem pedido certo, de cuja estimação deo-se prova, ou não houve contestação (¹⁰⁰¹).

Recebimento da appellação.

§ 144 Avaliada a causa, o juiz por seu despacho recebe a appellação, se fôr de receber, declarando se em ambos os efeitos, ou no devolutivo sómente; e no mesmo despacho assignará o prazo em que os autos devem ser apresentados na instancia superior (¹⁰⁰²). No caso de duvida deve antes o juiz receber a appellação, e não denega-la (¹⁰⁰³). Emquanto o juiz não recebe a appellação oonserve a sua jurisdicção, podendo porisso revogar, ainda mesmo *ex officio*, a

⁹⁹⁹ Ord. Liv. 3. tit. 70. § 11.

¹⁰⁰⁰ Reg. de 12 de Novembro de 1873. art. 16. § 1.

¹⁰⁰¹ Reg. de 12 de Novembro de 1873. art. 16. § 2.

¹⁰⁰² Peg. For. Cap. 16.; Reg. de 12 de Novembro de 1873 art. 15.

¹⁰⁰³ Peg. For. Cap. 15. 3. 6.; Per. e Souz. Lin. Civ. Not. 609.

interlocutoria em que denegou a appellação (¹⁰⁰⁴); mas depois de recebida fica logo suspensa sua jurisdição, devolvendo-se todo o conhecimento da causa e suas dependencias ao juiz superior, que pode conhecer não só da injustiça da appellação, como também julgar a causa definitivamente, menos quanto ao julgamento da deserção da appellação que sempre compete ao juiz *á quo* (¹⁰⁰⁵).

Dos efeitos da appellação.

§ 145 Em regra toda a appellação deve ser recebida em ambos os efeitos, devolutivo e suspensivo (¹⁰⁰⁶), salvo os casos em que a lei ou a praxe tem admittido sómente no efeito devolutivo (¹⁰⁰⁷).

São recebidos em ambos os efeitos todas as appellações das causas ordinarias, e no devolutivo sómente, todas as interpostas das causas summarias que não soffrem demora (¹⁰⁰⁸).

Entre as summarias, cuja appellação se recebe sómente no efeito devolutivo são as de partilhas (¹⁰⁰⁹).

Mas não obstante a generalidade da lei, a praxe tem feito limitações á esta regra, admittindo em ambos os efeitos algumas appellações das sentenças proferidas em causas de partilhas e taes são:

1.º) Quando se appella da sentença em que alguém é condemnado á fazer inventario e partilhas, não tendo o juiz procedido em razão do seu officio, mas sim á requerimento de parte (¹⁰¹⁰);

¹⁰⁰⁴ Ord. Liv. 3. tit. 65. § 1.

¹⁰⁰⁵ Ord. Liv. 3. tit. 73. pr.; tit. 78. § 2.; Regul. de 12 de Novembro de 1873 art. 27.; Peg. For. Cap. 15. n. 30. (Veja-se o § 148).

¹⁰⁰⁶ Cod. Liv. 7. tit. 62. fr. 20.; Ord. Liv. 3. tit. 70. pr.; tit. 78. § 2.; Mello Freir. Liv. 4. tit. 23. § 17.; Regul. de 22 de Novembro de 1871 art. 63. § 16.

¹⁰⁰⁷ Praxe Bras. § 334.

¹⁰⁰⁸ D. Liv. 49. tit. 5. fr. 7.; Mend. Part. 1. Liv. 3. Cap. 19. n. 9 Alm. Souz. Seg. Lin. Not. 633.

¹⁰⁰⁹ Ord Liv. 4. tit. 96. § 22

2.º) Quando o réo foi demandado para fazer inventario, e negou ao autor o ser herdeiro na herança, e esta questão foi discutida e julgada (¹⁰¹¹);

3.º) Quando é illiquida a carta de partilhas (¹⁰¹²);

4.º) Quando a partilha, depois de julgada por sentença, foi embargada por nullidade ou lesão enormissima, e os embargos forão recebidos com suspensão nos mesmos autos, porque se o tribunal superior conhecer dos embargos, ha-de fazer-se de novo a partilha, o que não succede na appellação que tem por fim a emenda da partilha por erro sem nullidade, visto que, n'este caso, sómente se reforma, mas não se revoga, nem se faz outra de novo (§ 142) (¹⁰¹³);

5.º) Quando julga-se por deserta e não seguida a appellação (¹⁰¹⁴).

Da atempação.

¹⁰¹⁰ Peg. For. Cap. 15. n. 182.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 1. n. 42. segg.; Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 26.

¹⁰¹¹ Valasc. Cons. 90.; Partit. Cap. 12 n. 21, segg.; Peg. Cap. 80. n. 14. segg.

¹⁰¹² Peg. For. Cap. 15. n. 184.; Franç. á Mend. Part. 1. Liv. 3. Cap. 19. n. 43. A carta de partilhas, póde ser illiquida por dous modos, ou quando se adjudicão predios aos herdeiros por partes quotitativas, ou quando já não existem os moveis e fructos adjudicados ao herdeiro que pretende executar o seu formal de partilha: No primeiro caso, sendo incerta a parte do coherdeiro, é indispensavel outra particular divisão de cada predio assim adjudicado, e o juiz competente para essa divisão ainda é o mesmo que fez a partilha, se a execução tiver lugar entre os mesmos coherdeiros no segundo caso executa-se a carta de partilha pelos mesmos preços das avaliações em que forão avaliados os bens adjudicados; Peg. For. Cap. 5. pag. 399; Guerr. Trat. 4. Liv. 8. Cap. 8. n. 6.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 12. n. 86.

¹⁰¹³ Ord. Liv. 3. tit 73.; Peg. For. Cap. 15. n. 84.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. § 5. n. 6.; Cap. 12. § 9. e 26.

¹⁰¹⁴ Barb. Rem, á Ord. Liv. 3. tit. 70. § 3. n. 6.; Silv. á Ord. Liv. 3. tit. 68. ad Rubr. art. 7. n. 59.; Peg. Tom. 3. ad Ord Liv. 1. tit. 9. § 12. n. 684.; Themud. Decis. 91. n. 4, 5. Além destas ainda os escriptores do nosso fóro fazem outras limitações á regra da Ord. Liv. 4. tit. 96. § 22., as quaes nos parecem pouco provaveis, e podem ver-se em Peg. For. Cap. 15. n. 182.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 17. á 28.; Franç. á Mend. Part. 1. Liv. 3. Cap. 19. n. 42, 43.; Alm. Souz. Seg.Lin. Not. 633. n. 11.

§ 146 A designação expressa do prazo em que deve o appellante comparecer no tribunal superior, é o que se diz — *atempação*; e este prazo dever-se-ia conforme fôr a distancia do lugar em que funciona o juiz ou Tribunal *ad quem*. Pelo que pode ser de dez á trinta dias, se a appellação fôr interposta de sentença do juiz de Paz; de trinta dias, se fôr de sentença do juiz Municipal do Termo em que o juiz de direito residir, ou do juiz de direito de Comarca especial; de dous mezes, se fôr do juiz Municipal de outro Termo da Comarca; de seis mezes, se fôr do juiz de direito de qualquer Comarca geral da Provincia em que a Relação estiver, a não ser das Provincias de Goyaz e Matto Grosso, que o prazo é de quatro mezes (¹⁰¹⁵).

Todos estes prazos decorrem da data da publicação do despacho, pelo qual fôr recebida a appellação; são communs á ambas as partes; não se podem prorogar ou restringir, nem se interrompem pela superveniencia das ferias (¹⁰¹⁶).

Seguimento da appellação.

§ 147 Recebida e atempada a appellação, e requerendo a parte traslado dos autos, o escrivão aprompta-o com deligencia para não incorrer nas penas da lei (¹⁰¹⁷). E o modo porque os escrivães hão-de extrahir o traslado, acha-se determinado por lei (¹⁰¹⁸). Concluido o traslado, cita-se á parte para se fazer o concerto e ver seguir a appellação na instancia superior (¹⁰¹⁹).

¹⁰¹⁵ Lei de 6 de Agosto de 1873, art. 1. § 8, Reg. de 12 de Novembro de 1873, art. 20.

¹⁰¹⁶ Reg. de 12 de Novembro de 1873. art. 21.

¹⁰¹⁷ Ord. Liv. 3. tit. 70 § 2.

¹⁰¹⁸ Ord. Liv. 1. tit. 79. § 22.

¹⁰¹⁹ Ord. Liv. 1. tit. 79. § 27.; Liv. 3. tit. 70. §§ 2, 4.

A citação para o seguimento da appellação é sempre pessoal, salvo o caso de estar a parte ausente da Comarca porque então basta a citação do procurador (¹⁰²⁰).

Faz-se, porém, a expedição dos autos á instancia superior independentemente de traslado:

1.º) Na appellação das sentenças proferidas pelos juizes de Paz, se o juiz de direito residir no mesmo lugar (¹⁰²¹);

2.º) Na appellação das sentenças dos juizes Municipaes e Orphãos, se o juiz de direito residir no mesmo Termo, salvo se por favor da causa estiver expressamente disposto que n'esse caso a appellação seja recebida no effeito devolutivo sómente (¹⁰²²);

3.º) Na appellação das sentenças dos juizes de direito das Comarcas especiaes, salva a excepção do numero antecedente (¹⁰²³)

4.º) E sempre que as partes n'isso convencionarem (¹⁰²⁴).

Deserção da appellação.

§ 148 Não comparecendo o appellante no juizo superior dentro do prazo assignado pelo juiz que recebeo a appellação, julga-se deserta e não seguida (¹⁰²⁵). O julgamento da deserção da appellação

¹⁰²⁰ Ord. Liv. 3. tit. 70. § 4.; Valasc. Cons. 144. n. 10. Esta citação deve ser feita assim ao marido como tambem á mulher, si a causa versar sobre bens de raiz; Ord. cit. § 4.; Praxe Bras. § 336. not. (c). Os autos e traslados devem ser sellados pelo appellante, sem o que não se faz a remessa, imputando-se-lhe a demora que nisso houver; Regul. de 3 de Janeiro de 1833. art. 51.

¹⁰²¹ Regul. de 12 de Novembro de 1873, art. 17. § 1.

¹⁰²² Regul. de 12 de Novembro de 1873. art. 17. § 2.

¹⁰²³ Regul. de 12 de Novembro de 1873, art. 17. § 3.

¹⁰²⁴ Regul. de 12 de Novembro de 1873 art. 17. in fine. Em qualquer dos casos em que os autos sobem por appellação á instancia superior, independente de traslado, o escrivão percebe o terço do que custaria o traslado; Praxe Bras. § 336.

¹⁰²⁵ Ord. Liv. 3. tit. 68. §§ 3, 6. 7.

competete sempre ao juiz á quo, ficando abolido o instrumento de dia de apparecer (¹⁰²⁶).

Sendo interposta a appellação de sentença proferida pelo juiz de Paz, e não tendo sido expedidos os autos á instancia superior no tempo assignado, cita-se ao appellante para dizer em 24 horas, que correm no Cartorio do Escrivão, sobre o impedimento que teve para o seguimento da appellação; e com a resposta d'elle e provas *in continenti* produzidas, ou sem ellas, o juiz de Paz profere a sua sentença, julgando deserta a appellação, ou assignando novo prazo para a expedição dos autos (¹⁰²⁷). E sendo interposta das sentenças do juiz Municipal ou de Orphãos para o juiz de direito, ou do juiz de direito para a Relação; cita-se ao appellante, ou seu procurador para dentro de 3 dias allegar embargos de legitimo impedimento, e d'estes embargos concede-se vista ao appellado por 24 horas para dizer sobre a materia d'elles, e oferecer as provas que tiver. Findo este prazo o juiz delibera, relevando ou não ao appellante da deserção: no primeiro caso lhe assignará de novo para a remessa dos autos outro tanto tempo quanto fôr provado que esteve impedido; e no segundo caso, ou se findo o novo prazo não tiverem sido ainda remettidos os autos á instancia superior, executa-se a sentença (¹⁰²⁸).

Sendo finalmente interposta de sentença proferida pelo juiz de direito, nos casos que á este compete julgar, procede o juiz Municipal ou o de Orphãos na forma acima dita até a sentença da deserção exclusivamente (¹⁰²⁹).

Considerão-se impedimentos attendiveis para ser o appellante relevado da deserção da appellação, os casos fortuitos, doença grave, ou

¹⁰²⁶ Regul. de 12 de Novembro de 1873. art. 27.

¹⁰²⁷ Lei de 6 de Agosto de 1873, art. 1. § 8.; Regul. de 12 de Novembro de 1873. art. 22.23.

¹⁰²⁸ Regul. de 12 de Novembro de 1873, art. 24. Este artigo mandou, nesta parte, observar o Regul. de n.º 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 657 á 660, em virtude da lei de 6 de Agosto de 1873, art. 1. § 8.

¹⁰²⁹ Regul. de 12 de Novembro de 1873, art. 26.

prisão do appellante, embaraço do juízo, ou obstáculo judicial opposto pela parte contraria (¹⁰³⁰).

Do processo e julgamento da appellação na instancia superior.

§ 149 Subindo os autos por appellação á instancia superior, volta a causa e a pessoa ao estado em que se acharão antes da sentença de primeira instancia, ao tempo da contestação da lide, devolvendo-se todo o conhecimento d'ella ao juiz superior, o qual pode conhecer da justiça da appellação, julgando definitivamente a causa, e condemnando á parte vencida nas custas que deva pagar (¹⁰³¹). Pelo que se segue:

1.º) Que pode o juiz ou Tribunal superior mandar *ex officio* proceder á exames, vistorias e quaesquer deligencias necessarias ao conhecimento da verdade (¹⁰³²); 2.º) e reformar a sentença em todo ou em parte, quer á favor do appellante, quer do appellado, quando conheça que se fez injustiça, por ser a appellação commum á ambas as partes (¹⁰³³), reparando os damnos ainda os mais pequenos (¹⁰³⁴), salvo se não se appellou geralmente d'ella e só de certos artigos; porque sómente d'esses pode conhecer o juiz superior (¹⁰³⁵), e não d'aquelles de que se não appellou (¹⁰³⁶).

Sendo a appellação interposta da sentença do juiz de Paz para o juiz de direito, podem as partes arrazoar em uma ou outra instancia onde lhes convier e arrazoada a causa, sobem os autos conclusos ao juiz

¹⁰³⁰ Regul. de 12 de Novembro de 1873, art. 25.

¹⁰³¹ Cod. Liv. 7. tit. 62. frag. 6. § 1.; Peg. For. Cap. 13. n. 17. Se o juiz da appellação omittir a condemnação nas castas, pode suprir a falta o juiz *á quo*; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 2. n. 9.

¹⁰³² Regim. de 3 de Janeiro de 1833.

¹⁰³³ Ord. Liv. 3. tit. 68. pr.; tit. 72, pr.; Valasc. Cons. 51. n. 24.

¹⁰³⁴ Valasc. Partit. Cap. 39. n. 33.; Per. Decis. 66. n. 3.

¹⁰³⁵ Ord. Liv. 3. tit. 80. pr.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 6. n. 5.

¹⁰³⁶ Peg. For. Cap. 13. n. 1.; Salgad. Suplicat. Part. 2. Cap. 8. n. 8.; Antonio Gomes Var. Resol Liv. 2. Cap. 11. n. 16.

ad quem para o julgamento (¹⁰³⁷); e sendo interposta das sentenças dos juizes Municipaes, apresentados os autos no cartorio, o escrivão que tiver de servir perante o juiz de Direito lavra um termo de recebimento d'elles e os faz concluzos ao juiz que manda dar vista ás partes por oito dias, e findo este prazo, profere a sua sentença (¹⁰³⁸).

Quando a appellação é dos juizes de Direito para as Relações, julgão em segunda instancia, tres Dezembargadores, inclusive o Relator, observando a forma estabelecida no seu Regimento (¹⁰³⁹).

Se o juiz da appellação revoga a sentença interlocutoria, julgando que foi bem appellada, fica conhendendo da causa principal, e não a remette ao juiz de que foi appellado (¹⁰⁴⁰), e a razão ó que fica suspeito o juiz que uma vez commetteo agravo (¹⁰⁴¹). Limita-se, porém, esta regra:

1.º) quando o juiz da appellação se pronunciar incompetente (¹⁰⁴²); 2.º) quando ambas as partes consentem na remessa (¹⁰⁴³); 3.º) quando o juiz da appellação reside no mesmo lugar ou no seu Termo (¹⁰⁴⁴).

SECÇÃO TERCEIRA

Do arbitrio de bom varão.

§ 150 A partilha judicial ou extrajudicial feita por louvados, sendo injusta ou lesiva, pode ser corrigida ou emendada á arbitrio de bom varão, do mesmo modo que se corrige e emenda o arbitramento ou

¹⁰³⁷ Regul. de 22 de Novembro de 1871, art. 63 § 6.

¹⁰³⁸ Regul. de 12 de Novembro de 1873, art. 18.

¹⁰³⁹ A forma do julgamento nas relações, veja-se no Regul. de 3 de Janeiro de 1833 Regul. de 22 de Novembro de 1871. art. 70.; Regul. de 12 de Novembro de 1873.

¹⁰⁴⁰ Ord. Liv. 3. tit. 68. pr.; Per. Souza. Lin. Civ. nota 642. Alm. Souza. Seg. Lin. Civ. Not. 642.

¹⁰⁴¹ Guerr. de Recus. Liv. 4. Cap. 11. n. 1.; Silva á Ord. Liv. 3. tit. 68. pr. n. 7.

¹⁰⁴² Ord. Liv. 3. tit. 68. § 1.

¹⁰⁴³ Ord. Liv. 3. tit. 68, pr.; Silva á Ord. Liv. 3 tit. 68. pr. n. 6, 20.

¹⁰⁴⁴ Ord. Liv. 3. tit. 69. § 5.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 1. § 37. n. 35.

avaliação lesiva, e esta redução pode ser feita, ou pelo mesmo juiz á quem se implora o seu officio ou por louvados nomeados pelas partes⁽¹⁰⁴⁵⁾.

Tendo sido feita a avaliação ou a partição com aprasimento das partes, por mandado da justiça, e sendo assignada pelo juiz e avaliadores ou partidores, é o mesmo juiz que mandou fazel-a quem por si, segundo o seu entendimento, corrige e emenda os erros e lesões que por ventura houverem ⁽¹⁰⁴⁶⁾. Mas tendo sido feita a avaliação ou a partição por louvados e partidores escolhidos á aprasimento das partes, sem intervenção da justiça, e se alguma dellas se sente lesada e recorre ao juiz do lugar contando a razão do seu agravo, e implorando o seu officio para que faça reduzir a avaliação ou a partição á melhor arbitrio, n'este caso, o juiz manda que as partes se louvem em homens bons, dignos de fé e sem suspeita; e feita a louvação, ou sendo os louvados nomeados por elle, não se querendo as partes louvar, lhes encarrega de vêr e examinar se a avaliação ou a partilha é justa ou feita como não deve, compondo ao lesado a sua direita parte ⁽¹⁰⁴⁷⁾.

Em qualquer dos casos, para que procedão estes remedios de direito, devem concorrer os seguintes requisitos:

1.º) Que a avaliação ou a partilha tenha sido feita por louvados, e que a parte lesada faça uma narração exacta das causas da lesão, mostrando em como foi neganado na avaliação ou partilha dos bens⁽¹⁰⁴⁸⁾;

¹⁰⁴⁵ Valasc. Partit. Cap. 39. n. 24. segg. Egyd, Seg. ex hoc jure Partit. 1. Cap. 8. n. 45.; Mello Freir. Liv 12. § 14. nota in fine.

¹⁰⁴⁶ Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3.; Liv. 4. tit. 96. § 18.; Valasc. Partit Cap. 9. n. 43.; Silva á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3. n. 2.; A disposição da citada Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3. supre-se e declara-se com a do Liv. 3. tit. 78. § 2., com a qual concorda; Valasc Partit. Cap. 9. n. 43.; Molina de Jnst. Disp. 245. n. 11.

¹⁰⁴⁷ Ord. Liv. 3. tit. 78. § 2.; Liv. 4. tit. 1. § 1.; Valasc Partit. Cap. 9. n. 40, 42.; Silva á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3. n. 2, 5.

¹⁰⁴⁸ Valasc. Partit. Cap. 9. n. 47.

2.º) Que a queixa seja dirigida ao juiz que mandou fazer a avaliação, ou a partilha, ou não tendo sido feita por mandado da justiça, á aquelle que seria o competente, se fôra requerido judicialmente (¹⁰⁴⁹);

3.º) Que seja requerido dentro de um anno, contado do dia em que foi commettida a lesão (¹⁰⁵⁰) porque depois d'este prazo presume-se approvação do acto (¹⁰⁵¹);

4.º) Que a parte requeira por si ou por seu procurador com procuração especial para o caso (¹⁰⁵²);

5.º) Que a lesão seja ao menos na sexta parte do que directamente deveria pertencer ao lesado (¹⁰⁵³).

E sendo assim requerido, e achando o juiz ser a parte aggravada, deve prover com este remedio, posto que o tenha renunciado expressa ou tacitamente, compromettendo-se á estar pela avaliação ou partilha que fizerem os avaliadores ou partidores; porque tal promessa entende-se com a clausula tacita: *se fôr justa* (¹⁰⁵⁴). Mas porque este

¹⁰⁴⁹ Ord. Liv. 3. tit. 17. §§ 3, 5.; tit. 78. § 2.; Phaeb. Decis. 192. n. 10, 11.; Silva á Ord. Liv. 4. tit. 1. § 1. n. 48. segg. Quando a Ord. Liv. 3. tit. 78. § 2. diz: *Poderá requerer ao juiz da terra*, entende-se dos juizes ordinarios, ou de fôra, hoje os juizes municipaes e os de direito no caso de ter sido feita a avaliação ou a partilha sem ter precedido mandado de algum juiz; mas se a avaliação ou a partilha, tiver sido feita por mandado de algum juiz, então requer-se ao mesmo juiz que mandou fazer a avaliação ou a partilha, que a reduza á melhor arbitrio, entendendo-se assim esta pelo do mesmo livro tit. 17. § 3. ibi: *pode-se soccorrer aos juizes que o mandarão fazer*. Na primeira hypothese, havendo dous juizes na terra, observa-se o processo da Ordenação Liv. 3. tit. 17. §§ 3, 4.; e havendo um só juiz, esse mesmo por si só corrige a avaliação ou a partilha lesiva, ou verificando o engano, manda proceder á nova avaliação ou partilha; Alm. Souz. Trat. das Aval. § 145.

¹⁰⁵⁰ Ord. Liv. 3. tit. 17. § 5.; Liv. 4. tit. 96. § 19.; tit. 1. § 1.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 717.

¹⁰⁵¹ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 19.; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 44.; Phaeb. Decis. 192. n. 12.

¹⁰⁵² Barb. Rem. á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3. n. 1.; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 21. n. 30.

¹⁰⁵³ Ord. Liv. 3. tit. 17. § 6.; Liv. 4. tit. 96. § 20.; Alm. Souz- Obrig. Recipr. § 717.; Repert. ás Ordd. verb.; *E não basta que se allegue lesão na sexta parte do preço d'uma ou d'outra cousa, é necessario que se mostre lesão na sexta parte de todo o quinhão do herdeiro*; Valasc. partit. Cap. 39. n. 28.; mas não em relação á totalidade da herança; Valasc cit. n. 25.

¹⁰⁵⁴ Ord. Liv. 3. tit. 78. § 2.; Barb. Rem. á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 4. n. 4.; Silv. á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3. n. 3.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 717.

remedio não tem a mesma força e eficacia que a appellação, não suspende a execução da primeira avaliação ou partilha, sendo todavia o exequente obrigado á prestar caução de restituir tudo quanto fôr demandado (¹⁰⁵⁵).

E se os segundos louvados ou partidores discordão em pareceres, nomeião as partes um terceiro, que, depois de juramentado, fica obrigado á se conformar com o voto d'um dos segundos arbitradores ou avaliadores, não podendo proferir um terceiro laudo; e não se querendo as partes louvar, o juiz de seu officio escolhe o terceiro louvado, o mais a aprazimento das partes que fôr possível (¹⁰⁵⁶).

Reduzida a avaliação ou a partilha a melhor arbitrio, não se concede segunda vez o mesmo remedio (¹⁰⁵⁷), nem o recurso de appellação, quando a redução foi feita por um terceiro arbitrador nomeado pelas partes, ou pelo juiz, não se querendo as partes louvar, o qual se conformou com um dos pareceres divergentes duma segunda avaliação ou partilha (¹⁰⁵⁸); assim como da sentença do juiz que manda fazer a redução á melhor arbitrio (¹⁰⁵⁹), salvo da sentença pela qual o juiz por si mesmo faz a reducção, confirmando, augmentando ou deminuindo, a avaliação, ou a partilha feita pelos avaliadores ou partidores nomeados pelas partes, por mandado da justiça; porque neste caso procede como juiz, e não como arbitrador (¹⁰⁶⁰).

¹⁰⁵⁵ Silv. á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3. n. 10. Alm. Souz. Segund. Liv. Civ. Nota 534. até 537. n. 13.

¹⁰⁵⁶ Ord. Liv. 3. tit. 17. § 4.: Valasc. Partit. Cap. 9. n. 49.

¹⁰⁵⁷ Ord. Liv. 3. tit. 78 § 2.; Silv. á Ord. Liv. 4 tit. 1. § 1. n. 54.; Atimar. de Nullit. Sent. tom. 1. Rubr. 8. Quest. 1. n. 13.

¹⁰⁵⁸ Ord. Liv. 3. tit. 17. § 4.; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 50. Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 1. n. 44, 45.; Liv. 1. Cap. 12. n. 32. Mas esta Ordenação lemita-se no caso de lesão enormissima; porque esta traz consigo o dolo provado; e em tal caso não se presume o consentimento da parte: Barb. Rem. á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 4. n. 4.; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 51.; Cons. 130. n. 22.

¹⁰⁵⁹ Valasc. Partit. Cap. 9. n. 48, 49.; Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 1. n. 44, 45.

¹⁰⁶⁰ Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3.: Silva á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3. n. 12.; Liv. 4. tit. 1. § 1. n. 66, 67.; Salgad. de Protect. Part. 3. Cap. 13. n. 7.

SECÇÃO QUARTA

Dos agravos.

§ 151 Agravo é a provocação interposta do juiz inferior ao superior legítimo para reformar a interlocutoria proferida pelo inferior. Tres são as especies de agravos reconhecidos pela legislação vigente e são: O agravo de Petição, o de Instrumento e no auto de Processo (¹⁰⁶¹). A condição de cada um delles é que a causa exceda á alçada do julga dor, salvo se fôr da competencia dos juizes de Paz, Municipaes ou de Orphãos, ou dos juizes de Direitos das Comarcas geraes (¹⁰⁶²), ou quando se interpõem o agravo da decisão pela qual o juiz delibera sobre materia de competencia, quer elle se julgue competente, quer não porque nestes casos sempre tem lugar o agravo, posto que a causa saiba na alçada(¹⁰⁶³).

Os casos de agravo estão definidos nas leis, e Regulamentos do Governo.

Do agravo de petição.

§ 152 O agravo de petição interpoem-se em audiencia, ou no Cartorio do Escrivão por termo nos autos dentro de cinco dias, contados da intimação ou publicação da sentença, ou despacho em audiencia.

O termo da interposição do agravo deve ser assiguado pela propria parte, ou por seu advogado, com declaração do juiz para

¹⁰⁶¹ Lei de 3 de Dezembro de 1841, art. 120.; Regul, de 15 de Março de 1842, art. 14. segg.

¹⁰⁶² Regul. de 12 de Novembro de 1873, art. 9.

¹⁰⁶³ Ord. Liv. 1. tit. 5. § 25.; tit. 62. § 34.; tit. 91. § 1.; Liv. 3. tit. 54. § 12.; Decr. N.º 1574 de 7 de Março de 1855.

quem se agrava, não sendo juiz certo (¹⁰⁶⁴). O agravo interposto no cartório do Escrivão por termo nos autos, não depende de despacho do juiz, nem de ratificação em audiência; Regul. de 12 do Novembro de 1873 artigos 11, e 12.

A interposição d'este agravo suspende o curso da causa; porque o processo d'elle corre nos autos principaes, que sobem ao juizo superior (¹⁰⁶⁵).

Interposto o agravo o escrivão faz os autos immediatamente com vista ao advogado do agravante, que deve offerecer a minuta do agravo dentro de vinte e quatro horas improrogaveis (¹⁰⁶⁶). Offerecida a minuta do agravo, o primeiro dever do juiz é reconsiderar os fundamentos do seu despacho, e se o caso é de agravo, proferindo a sua decisão no prazo de 48 horas. Não sendo caso de agravo, declara que o não admite por ilegal, condemnando á parte nas custas do retardamento, e ao advogado nas multas previstas no Regulamento (¹⁰⁶⁷). E se o caso é de agravo, mas convencendo-se o juiz que a sentença fôra menos bem proferida, pode reforma-la, aliás deve fundamenta-la nos autos por escripto com as razões que tiver para serem presentes ao juiz ou Tribunal superior (¹⁰⁶⁸).

Quando o agravo não é do incidente dum processo, antes da interposição do recurso, deve a parte agravada deduzir as razões do seu

¹⁰⁶⁴ Ord. Liv. 1. tit. 58. § 25.; Liv. 3. tit. 74. §1.; Liv. 1. tit. 6. § 5. in fine; Regul. de 15 de Março de 1842. art. 19, 25.; Leitão de Gravam. Quest. 6. n. 71. Nas execuções podem ser recebidos em separado os agravos frívolos que uão são interpostos de despachos proferidos nos autos; Gomes Diss. 7. n. 81. Do despacho que não concede agravo não se pode agravar; porque ao agravante ainda fica o direito de tirar instrumento de agravo ou carta testemunhavel, que não retarda a execução; Gomes Diss. 7. n. 87.

¹⁰⁶⁵ Regul. de 15 de Março de 1842. art. 21.

¹⁰⁶⁶ Regul. de 15 de Março de 1842, art. 20. A forma da petição de agravo veja-se na Praxe Bras. § 344. nota (b). Todas as petições ou minutas devem ser assignadas com o nome inteiro do advogado constituido, sem o que não são acceitas; Regul de 15 de Março de 1842. art. 25.

¹⁰⁶⁷ Ord. Liv. 1. tit. 48. § 7.; tit. 5, § 7.; Regul. de 15 de Março de 1842. art. 26.

¹⁰⁶⁸ Regul. de 15 de Março de 1842, art. 20.

agravo, pedindo que seja sua petição autoada, e admittida a sua prova sobre os factos que carecerem d'ella para que repare o gravame. Feita a prova, e não tendo melhoramento, pode a parte interpôr o agravo na forma acima dita (¹⁰⁶⁹).

Do agravo de instrumento.

§ 153 Agravo de Instrumento (¹⁰⁷⁰), é a provocação que faz-se da sentença ou despacho do juiz inferior para o juiz superior que está fóra do lugar e seu Termo, ou em distancia maior que cinco legoas (¹⁰⁷¹). Este agravo deve ser interposto dentro de cinco dias (¹⁰⁷²), e ser apresentado no juizo superior dentro de trinta dias (¹⁰⁷³). E' juiz competente para conhecer do agravo de Instrumento o juiz de Direito ou a Relação do Districto (¹⁰⁷⁴).

¹⁰⁶⁹ Leitão de Gravam. Quest. 6. Trat. 1. n. 51. segg.

¹⁰⁷⁰ Quando o juiz denega o agravo, pode a parte pedir carta testemunhavel ao Escrivão, ou instrumento de agravo ao Tabellião. O agravo de instrumento e o instrumento de agravo ou carta testemunhavel não são recursos diversos, distinguindo-se somente em razão do official que os lavra; Ord. Liv. 1. tit. 80. § 9.; tit. 71. § 5. Liv. 3. tit. 1. § 3.; tit. 74. pr. ibi: *pedir instrumento de agravo ao Tabellião, ou carta testemunhal ao Escrivão*. E o que fica deduzido confirma-se com o Regulamento de 15 de Março de 1842, art. 15. n. 9., art. 16.; Regul. Commer. art. 671.; Decr. de 1o de Maio de 1855, art. 77., e assim tem entendido a Relação do Rio de Janeiro em Acordão de 8 de Outubro de 1858. O Tabellião ou o Escrivão não pode denegar a parte o instrumento ou carta testemunhavel, ainda contra a vontade e mandado do juiz, procedendo na forma da Ord. do Liv. 1. tit. 80 § 11.

Se o Tabellião ou o Escrivão deixa de cumprir o seu dever, pode ser compellido, á requerimento da parte, pelo juiz á quem compete conhecer do agravo ou carta testemunhavel Leitão de Gravam. Trat. 1. Quest. 6.^a n. 125.; Phaeb. Part. 2. arest. 90. A carta testemunhavel prepara-se e julga-se do mesmo modo que o agravo de instrumento (§ 154).

¹⁰⁷¹ Regul. de 15 de Março de 1842, art. 8. n. 2.; art. 15.

¹⁰⁷² Regul. de 12 de Novembro de 1873, art. 10.

¹⁰⁷³ Por praxe, ainda depois do prazo, conhece o superior do agravo; 1.º não tendo passado mais de quatro dias além do mesmo prazo; Costa Estit da Casa de Supl. pag. 181; Leitão de Gravam. Quest. 6. n. 139.; Gama Decis. 132.; 2.º por via de restituição do menor agravante; Ord. Liv. 3. tit. 84. § 9.; 3.º e quando consta por fé do Escrivão que a mora proveio de impedimento do juizo; Ord. Liv. 3. tit. 84. § 5.; Leitão de Gravam. Quest. 6.^a n. 136.; Regul. de 15 de Março de 1842, art. 23.

¹⁰⁷⁴ Regul. de 15 de Março de 1842, art. 15.

Da interposição e preparo do agravo de instrumento.

§ 154 O agravo de instrumento interpoem-se ou em audiencia, ou perante o Escrivão por termo nos autos (¹⁰⁷⁵), dentro de tres dias contados do acto da publicação da sentença, ou despacho de que se interpõem o recurso (¹⁰⁷⁶). Posto que, seja interposto por termo, se dispensa a ratificação em audiencia (¹⁰⁷⁷).

O agravante, no acto da interposição, deve declarar o juiz para quem se agrava (¹⁰⁷⁸), todas as peças do processo de que pertenda traslado, e requerer vista dos autos para minutar o agravo (¹⁰⁷⁹).

No instrumento de agravo deverão ser trasladadas as peças requeridas pelo agravante, assim como as que forem indicadas pela parte contraria e pelo juiz (¹⁰⁸⁰). Interposto o agravo, faz-se com vista os proprios autos ao agravante para minutar, e depois ao agravado para responder, e por ultimo ao juiz, tendo cada um 48 horas.

Querendo o agravante replicar, tambem o agravado e o juiz podem á seu turno treplicar, cada um em um dia, sendo todos estes termos contados de momento á momento (¹⁰⁸¹).

No prazo marcado é licito ao juiz, ou reparar o agravo, ou sustentar o seu despacho. Quando o juiz presista em sua decisão, lhe é premittido sustentar de direito e mandar juntar os papeis que lhe parecer, se as partes não tiverem requerido. As respostas do agravante e do juiz com os traslados pedidos e ordenados pelo juiz, formão o instrumento de

¹⁰⁷⁵ Ord. Liv. 3. tit. 70. § 1.; tit. 74. pr.

¹⁰⁷⁶ Ord. Liv. 3. tit. 65. § 2.; tit. 69. § 4.; tit. 70. pr. § 1.; tit. 79. § 1.; Leitão de Gravam. Quest. 6. n. 50.; Per. Souz. Lin. Civ. § 334.

¹⁰⁷⁷ Regul. de 19 de Novembro de 1873, art. 12.

¹⁰⁷⁸ Ord. Liv. 1. tit. 6. § 5.; tit. 58. § 25.; Liv. 3. tit. 74. § 1. Omittindo-se esta formalidade, não se conhece do agravo, salvo se o juiz superior é certo; Leitão de Gravam. Quest. 6. n. 151.

¹⁰⁷⁹ Regulam. de 15 de Março de 1842, art. 23.

¹⁰⁸⁰ Ord. Liv. 3. tit. 74. § 3.; Regul. de 15 de Março de 1842, art. 23.

¹⁰⁸¹ Ord. Liv. 1. tit. 58. § 25.; tit. 80. § 9.; Liv. 3. tit. 74. § 3. Sobre a forma da minuta de agravo, e mais peças d'elle, veja-se a Praxe Bras. § 348 not. (a).

agravo (¹⁰⁸²). Preparado o agravo, cita-se á parte para o seguimento d'elle ao juiz ou Tribunal superior; e se faz a remessa na forma dos Regulamentos do Governo (¹⁰⁸³). Este agravo não é suspensivo, salvo os casos em que a lei expressamente manda o contrario (¹⁰⁸⁴).

Do julgamento dos agravos.

§ 155 Sendo apresentado em tempo no juízo ou Tribunal superior, assim o agravo de petição, como o de instrumento, profere-se logo a sentença, sem mais audiência ou arrazoado das partes (¹⁰⁸⁵), procedendo as Relações na forma de seu Regimento (¹⁰⁸⁶); mas não sendo apresentado no prazo legal o juiz não toma conhecimento d'elle (¹⁰⁸⁷).

Quando o juiz superior reforma a interlocutória, de que se agravou por instrumento, expede-se sentença de provimento para ser executada na instancia inferior (¹⁰⁸⁸), voltando o processo ao ponto em que estava ao tempo da interposição do recurso, sem que se annulle o acrescido que não estiver em contrario ao provimeuto (¹⁰⁸⁹). Não se conhecendo d'este agravo, por ser caso de appellação, ainda pode a parte hir appellar no jnizo inferior dentro dos dez dias que correrem da

¹⁰⁸² Ord. Liv. 3. tit. 74. § 3.

¹⁰⁸³ Regula. de 15 de Março de 1842. art. 21,24.

¹⁰⁸⁴ Gouveia Pinto Man. de Appell. e Aggr. Part. 3. Cap. 5.

¹⁰⁸⁵ Regul. de 15 de Março de 1842, art. 28. Faz-se a remessa do instrumento de agravo, pondo-se os autos na administração do correio dentro de deis dias, depois de preparado, ou entregando-se ao agravante para apresental-o na instancia superior dentro do referido prazo, e mais tantos dias quantos forem precisos para a viagem, na razão de quatro leguas por dia; Regul. de 15 de Março de 1842, art. 21, 24.

¹⁰⁸⁶ Regul. de 15 de Março de 1842, art. 29. Baixando o provimento, o juiz inferior manda cumpri-lo, proferindo despacho nesta forma: *Em observancia do provimento do juízo superior proceda-se....* (determinando o modo).

Se o despacho não fôr em tudo conforme ao provimento, pode o agravado tornar á agravar para o mesmo juizo superior; Gouv. Pinto Manoel das Apell. Aggr. Part. 3. Cap. 5.

¹⁰⁸⁷ Ord. Liv. 3. tit. 69. § 6. tit. 74. § 5.

¹⁰⁸⁸ Ord. Liv. 2. tit 39. § ult.; Liv. 3. tit. 85. pr.

¹⁰⁸⁹ Gouv. Pinto Man. das Appell. e Aggr. Part. 3. Cap. 5.

publicação da sentença; sem prejudicar o tempo decorrido no seguimento do agravo e juízo incompetente e assim observa a praxe (¹⁰⁹⁰).

Quando o juiz superior conhece do agravo, condena a parte nas custas; e se o regeita, não tomando conhecimento d'elle, pertence ao juiz inferior a condenação nas custas do retardamento (¹⁰⁹¹).

Dos agravos no auto do processo.

§ 156 Agravo no auto do Processo é a provocação legitima que se interpõem por termo nos autos da sentença ou despacho interlocutorio que tende á ordenar o processo, para conhecer delle o juiz superior, quando os autos subirem ao seu conhecimento por algum incidente (¹⁰⁹²). São competentes para conhecer d'elles as Relações dos Districtos (¹⁰⁹³), os juizes de direito nas causas em que lhes compete julgar em segunda instancia (¹⁰⁹⁴).

Os casos em que tem logar este agravo são os seguintes:

1.º) da pronunciação sobre as excepções dilatorias com exclusão das de incompetencia do juizo (¹⁰⁹⁵), 2.º) das de condenação nas custas do

¹⁰⁹⁰ Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 35. § 8. n. 54. pag. 21. e pag. 110.; Costa Estit. da Casa Supl. pag. 178. Sendo porém tão distante o lugar do juizo de que se recorre que não seja possivel interpôr a appellação dentro dos dez dias, appella-se perante o juiz do lugar, aonde se proferio a sentença que não conheceo do agravo por ser caso de appellação, e vai-se ratificar esta no juizo inferior, requerendo-se, quando se interpõem a appellação no dito juizo, tempo sufficiente para essa ratificação, segundo a distancia do lugar; Per. e Souz. Lin. Civ. Not. 662.

¹⁰⁹¹ Ord. Liv. 1. tit. 6. § 13.; tit. 5. § 7.; Liv. 3. tit. 20. § 46.; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 2. n. 8, 9.; Leit. Gravam. Quest. 6. n. 109. Mas por praxe em qualquer dos casos o juiz *ad quem* sempre condena nas custas e o juiz inferior faz a condenação sómente no caso em que o superior deixa de o fazer; Barb. ad Ord. Liv. 3. tit. 67. pr. n. 4.

¹⁰⁹² Ord. Liv. 3. tit. 20. § 46, 47.; Dispos. Prov. art. 14.; Regul. de 15 de Março de 1842 art 18.

¹⁰⁹³ Regul. de 15 de Março de 1842, art. 8. § 1., art 29.; e de 3 de Janeiro de 1833, art 41. segg.

¹⁰⁹⁴ Lei de 20 de Setembro de 1871, art 23. § 2. e art. 24. § 2.; Regul. de 22 de Novembro de 1871. art. 64. § 2.; e art. 66. § 3.

¹⁰⁹⁵ Ord Liv. 3. tit. 20. § 9.; porque das decisões sobre materia de competencia pode a parte agravar por petição ou instrumento; Regul. de 15 de Março de 1842, art 15. § 1.

retardamento (¹⁰⁹⁶); 3.º) da interlocutoria que admite apelação (¹⁰⁹⁷); 4.º) da interlocutoria que julga não provada a excepção peremptoria, offerecida por embargos ao processo (¹⁰⁹⁸); 5.º) da interlocutoria que não recebe a contrariedade que não pode provar-se senão por escriptura publica (¹⁰⁹⁹); 6.º) da interlocutoria que regeita os artigos de nullidade, restituição, segundas provas, e outras semelhantes (¹¹⁰⁰); 7.º) do recebimento de embargos (¹¹⁰¹); 8.º) do despacho que não recebe artigos de contradictas (¹¹⁰²); 9.º) do despacho pelo qual o juiz não admite prova testemunhal, porque a causa é tal que não pode ser provada senão po escriptura publica (¹¹⁰³).

Dos requisitos do aggravo no auto do processo.

§ 157 Os requisitos do agravo no auto do processo são: 1.º) que seja interposto por termo nos autos, dentro de dez dias da intimação do despacho (¹¹⁰⁴); 2.º) que o agravante cite a Ordenação, lei ou Assento que expressamente concede o agravo no caso de que se trata(¹¹⁰⁵).

Do julgamento dos agravos no auto do processo.

§ 158 O Tribunal da Relação, á quem sobem os autos por apelação, primeiro conhece dos agravos que tiverem sido legalmente interpostos, tratando uns depois dos outros, pela ordem em que

¹⁰⁹⁶ Ord. Liv. 3. tit. 20. § 38.

¹⁰⁹⁷ Ord Liv. 3. tit. 70. § 8.; tit. 84. § 11.

¹⁰⁹⁸ Ord Liv. 3. tit 20. § 15.

¹⁰⁹⁹ Ord. Liv. 3. tit. 20. § 23.

¹¹⁰⁰ Ord. Liv. 3. tit. 20. § 33.

¹¹⁰¹ Ord. Liv. 3. tit. 20. § 33.

¹¹⁰² Ord. Liv. 3. tit. 20. § 33.; Mend. Part. 2. Liv 3. Cap. 13. n. 3.

¹¹⁰³ Ord. Liv. 3. tit. 20. § 25.

¹¹⁰⁴ Este requisito se deduz da Ord. Liv. 3. tit. 20 § ult.: Praxe Brasil. § 354. nota (a).

¹¹⁰⁵ Regul. de 15 de Março de 1842, art. 18.

estiverem, discutindo e votando com o mesmo numero de juizes, e pela forma que julga as appellações (¹¹⁰⁶).

Julgando a Relação não ser attendivel o agravo interposto, assim o declara, e procede no julgamento da causa, aliás observa o disposto no seu Regulamento (¹¹⁰⁷).

SECÇÃO QUINTA

Da Revista.

§ 159 Revista é o recurso que a lei permite interpôr para o Supremo Tribunal de Justiça das Sentenças proferidas em ultima instancia, nos casos de injustiça notoria ou nullidade manifesta, excedendo a causa a alçada do julgador (¹¹⁰⁸). A injustiça notoria equipara-se á nullidade (¹¹⁰⁹).

E se diz injustiça notoria, quando se profere sentença contra a lei (¹¹¹⁰). A Revista é sómente admissivel das sentenças definitivas ou interlocutorias com força de definitivas, que poêm fim á todo o processo(¹¹¹¹).

¹¹⁰⁶ Regul. de 3 de Janeiro de 1833, art. 41,42.

¹¹⁰⁷ Regul. cit. art. 43. 44, 45.

¹¹⁰⁸ Lei de 18 de Setembro de 1828.; Lei de 20 de Dezembro de 1830.; Regul. de 15 de Março de 1842, art. 31, 32.; Ord. Liv. 3. tit. 75. pr.; tit 95. pr. Lei de 3 de Novembro de 1868 §§ 2, 3.

¹¹⁰⁹ Atimar. de Nullit. Sentent. Rubr. 5. Quest. 1. n. 77.: Maced. Decis. 60. n. 3.

¹¹¹⁰ Ord. Liv. 1. tit. 5. § 4.

¹¹¹¹ Avis. de 25 de Novembro de 1831.; Valasc. Cons. 51. n. 51.; Pereir. de Revis. Cap. 26. n. 19. segg. Quanto á interposição, seguimento e ao julgamento no Tribunal superior, veja-se a Praxe Bras. Part. 4. tit. 4.

Interposição e apresentação do recurso no Tribunal Superior.

§ 160 Interpoem-se a Revista dentro de dez dias contados da intimação da sentença, e por manifestação verbal da parte ou do seu procurador ao escrivão do feito, o qual reduz á termo, que assignao recorrente com duas testemunhas, e intima á parte contraria (¹¹¹²).

Cada uma das partes tem o prazo de quinze dias para arrazoar sobre os fundamentos e a legitimidade do recurso, sem que possa produzir novos documentos; e com as razões ou sem ellas, o escrivão tira traslado dos autos, e os remette ao Secretario do Tribunal, onde devem ser apresentados no termo legal (¹¹¹³). Na Côte se faz a remessa dos autos independentemente de traslado, o qual se tira sómente no caso de ser concedida a Revista, e para esse fim remette-se os autos ao Escrivão do juizo *á quo*, que, tirando o traslado, devolve os autos ao Secretario do Tribunal para este fazer remessa d'elles á Relação revisora (¹¹¹⁴).

¹¹¹² Lei de 18 de Setembro de 1828, art. 8, 9.; Decreto de 20 de Dezembro de 1830, art. 9, 10.

¹¹¹³ Lei de 18 de Setembro de 1828, art. 10.

¹¹¹⁴ Decreto de 20 de Dezembro de 1830, art. 24. Faz-se a remessa depois de sellados os autos e o traslado, e pago o porte do correio, imputando-se ao recorrente a demora que houver; mas se o recorrente não faltar o seu dever, o Escrivão responde pela falta de remessa em tempo, sem prejuizo do recurso; Lei de 18 de Setembro de 1828, art. 25.

TITULO QUARTO

DA EXECUÇÃO DAS CARTAS DE PARTILHAS

NOÇÃO.

§ 161 Execução é o acto pelo qual se leva á effeito a sentença passada em julgado (¹¹¹⁵). E como pela sentença finda-se o officio do juiz (¹¹¹⁶), se faz certo o direito das partes, que antes era duvidoso ou incerto, cumpre que a execução seja prompta, excluindo todas as questões offensivas do julgado (¹¹¹⁷).

Na classe das sentenças exequíveis comprehendem-se as cartas de partilhas, extrahidas dos inventarios, as quaes, quanto á sua execução entre os herdeiros que forão partes no mesmo inventario, tem ainda maior efficacia que as mais sentenças (¹¹¹⁸); porque contra ellas não são admissiveis outros embargos suspensivos, além dos previstos no § 138, nem necessitam de liquidação acerca dos moveis adjudicados, e não entregues pelo cabeça de casal, entendendo-se estes liquidados pela avaliação (Not. 1012) (¹¹¹⁹).

Do juiz competente para a execução das cartas de partilhas.

§ 162 Executa a sentença que passou em julgado o mesmo juiz que a proferio ou seu successor (¹¹²⁰), ou aquelle que para isso tem

¹¹¹⁵ Moraes Fxec. Liv. 6. Cap. 6. n. 1.

¹¹¹⁶ D. Liv. 42. tit. 1. frag. 55.; Ord. Liv. 3. tit. 65. pr.; tit. 66. § 6.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 577.

¹¹¹⁷ Mello Freir. Liv. 4. tit. 22. § 1.

¹¹¹⁸ Silva á Ord. Liv. 3. tit. 91. § 1. n. 27.; Maced. Decis. 64. n. 2.; Alm. e Souz. Exec. Cap. 1. § 4.

¹¹¹⁹ Valasc. Partit. Cap. 40. n. 9.; Mor. Exec Liv. 6. Cap. 12. n. 86.; Guerr. Trat. 4. Liv. 8. Cap. 8. n. 6.; Peg. For. Cap. 5. pag. 399. vers. Et quia.

¹¹²⁰ Ord. Liv. 3. tit. 65. § 6.; tit. 66. § 6.; Avis. de 15 de Dezembro de 1851.

jurisdição (¹¹²¹). Nas Comarcas geraes, os juizes Municipaes são os executores, assim das sentenças civeis por elles proferidas, bem como das que o forão pelos juizes de Direito em primeira ou em segunda instancia, ou pelas Relações dos Districtos (¹¹²²), com exclusão das dos juizes privativos, os quaes dão á execução as suas sentenças, e ainda as revogatorias d'ellas em instancia superior (¹¹²³). Nas Comarcas especiaes, porém, são os juizes de Direito, assim no exercicio da jurisdição ordinaria e commum, bem como juizes privativos, os executores das proprias sentenças, com excepção das proferidas em causas de valôr superior á 100\$000 até 500\$000, que são executadas pelos Substitutos, salvas as decisões que competem aos juizes de Direito (¹¹²⁴).

Portanto, sem distincção de Comarcas geraes ou especiaes, os juizes de Residuos e Capellas, os de Orphãos e Ausentes e os dos Feitos da Fazenda, são competentes para a execução dos formaes de partilhas, extrahidos dos processos dos inventarios e partilhas que tiverem feito, com inibição as justiças ordinarias (¹¹²⁵).

Na competencia dos juizes privativos para as execuções dos formaes de partilhas, comprehende-se a jurisdição para fazer a separação dos quinhões que couberão aos herdeiros em terras ou outras propriedades, por ser essa divisão um complemento da partilha feita. Mas isto entende-se quando é requerida por um herdeiro contra outros

¹¹²¹ Ord. Liv. 2. tit 7.; Liv. 3. tit. 86. pr.; Cabed. Part. 1. Decis. 22. n. 1.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 11. n. 1. O juiz arbitro carece de jurisdição para executar as sentenças, posto que as partes tenham convencionado e declarado no compromisso que elle execute a sentença; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 11. n. 9.; Silva a Ord. Liv. 3. tit. 86. pr. n. 44.

¹¹²² Lei de 3 de Dezembro de 1841, art. 14. n. 4.; Regul. de 15 de Março de 1842, art. 2. n. 4.; Lei de 20 de Setembro de 1871, art. 23. § 3.; Regul. de 22 de Novembro de 1871, art. 64. § 3.

¹¹²³ Lei de 29 de Novembro de 1841.; Regul. de 12 de Janeiro de 1842.; Dispos. Prov. art. 20.; Regul. de 15 de Março de 1842, art. 2. n. 2, 4.; art. 4, 5.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 11. n. 11. 13.; Alm. Souz. Exec. Cap. 1. § 14.

¹¹²⁴ Regul. de 22 de Novembro de 1871, art. 67. § 3.; art. 68. § 2.; Aviso de 12, 17 de Fevereiro de 2, 27 de Março e 3 de Agosto de 1872.

¹¹²⁵ Lei N.º 2033 de 20 de Setembro de 1871, art. 24. § 1.; Aviso de 15 de Outubro de 1872.

coherdeiros que forão partes no mesmo processo do inventario e partilhas, de cuja execução se trata, e não contra terceiros ou successores dos herdeiros, por qualquer titulo que seja; porque n'este caso, postoque alguns orphãos sejam interessados, a divisão não pode ser feita no juizo das partilhas, senão no fôro commum e pela acção *communi dividundo*(¹¹²⁶).

Da citação para a execução da sentença.

§ 163 A execução da sentença, que condemna em quantidade certa, começa pela citação do réo para que pague a divida em 24 horas ou dê penhores (¹¹²⁷); mas quando o réo foi condemnado em coisa determinada, faz-se a citação para que dentro de dez dias entregue o objecto demandado, movel ou immovel, sob pena de, não o fazendo, ser o exequente judicialmente empossado (¹¹²⁸). Semelhantemente se procede na execução das sentenças proferidas nos juizos divisorios, postoque não haja ahi condemnação e sim sómente adjudicação ao herdeiro ou socio da parte que tem na herança ou coisa commum (¹¹²⁹). Esta citação é indispensavel porque o executado ainda pode oppôr excepção (¹¹³⁰). Mas a citação que se faz no começo da execução basta para todos os actos della, até a arrematação exclusivamente (¹¹³¹), ainda que a execução

¹¹²⁶ Aviso de 26 de Julho de 1838.; de 30 de Abril de 1855.; Barb. Rem. á Ord. Liv. 3. tit. 7. § 3. n. 6.; Silva á Ord. Liv. 3. tit. 68. ad Rubr. art. 7. n. 59.; Peg. Tom. 3. ad Ord. Liv. 1, tit. 9. § 12. n. 684.

¹¹²⁷ Ord. Liv. 3. tit. 86. pr.; Gomes Man. Cap. 21. n. 5.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 1. n. 22. Dentro do prazo assignado pode o executado mostrar pagamento, ou requerer compensação de coisa liquida já julgada por sentença, sendo da mesma especie; Ord. Liv. 3. tit. 87. § 1.; Mend. Part. 1. Liv. 3. Cap. 21. n. 45.; ou nomear penhores para correr sobre elles a execução, e não se livra desta obrigação ainda que offereça fiança; Ord. Liv. 3. tit. 86. § 7.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 6. n. 13.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 788.

¹¹²⁸ Cod. Liv. 8. tit. 4. fr. 6.; Liv. 1. tit. 18. fr. 1.; Ord. Liv. 3. tit. 86. § 15.; tit. 76. § 2.; Liv. 2. tit. 53. § 1.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 1. n. 22.; Praxe Bras. § 374.

¹¹²⁹ Alm. Souz. Exec. § 4.; Maced. Decis. 64. n. 2

¹¹³⁰ Ord. Liv. 3. tit. 87. pr.; Praxe Bras. § 374.

¹¹³¹ Ord. Liv. 2. tit. 53. § 1.; Liv. 3. tit. 86. pr. §§. 27, 28.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 1. n. 22. Mas não havendo quem arremate deve ser citado para dar lançador; Lei de 20 de Junho de 1770.; Aviso de 22 de Fevereiro de 1779.

fique suspensa por mais de seis mezes (¹¹³²). E' tão essencial a citação que, sendo omittida, annulla-se todo o processado, postoque seja em execução de carta de partilha (¹¹³³).

Quanto ao modo de se fazer a citação, veja-se a Praxe Bras. Parte 5.^a.

Carta de posse.

§ 164 A sentença de partilha ou adjudica ao herdeiro bens moveis ou immoveis, em pagamento de seu quinhão hereditario, ou lhe dá direito de haver do cabeça de casal ou de outros herdeiros quantias em dinheiro, por compensação do que mais receberão em bens. No primeiro caso a execução da carta de partilhas começa pela citação do cabeça de casal ou do coherdeiro para que entregue a cousa independentemente de se lhe assignar os dez dias que a lei recommenda nas execuções das outras sentenças (¹¹³⁴); porque a Ordenação manda que acabada a partilha, se mettão os herdeiros do posse dos seus quinhões, conforme as cartas de partilhas que lhes fórem passadas, sem embargo de quaesquer embargos (¹¹³⁵). Se o executado não faz entrega da cousa em um termo breve que se lhe assigna, nem offerece embargos taes que suspendão o a execução, se expede mandado ou carta de posse para ser entregue judicialmente (¹¹³⁶). Esta posse judicial serve sómente para fazer constar que foi tomada, mas não dá mais direito que aquelle que o herdeiro já

¹¹³² Peg. ad Ord. Liv. 3. tit. 1. § 15. n. 13.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 1. n. 9.

¹¹³³ E' infundada a opinião daquelles que sustentão que não é necessaria a citação para o herdeiro se emittir na posse dos bens adjudicados e possuidos pelo cabeça de casal, ou outros herdeiros; Peg. For. Cap. 5. pag. 380. col. 1.

¹¹³⁴ Ord. Liv. 3. tit. 86. § 15.; Gama Decis. 277. n. 1. Peg. For. Cap. 11. n. 205 pag. 914; Praxe Bras. § 375.

¹¹³⁵ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 22.

¹¹³⁶ Ord. Liv. 3. tit. 86. § 15.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 12. n. 85.; Alm. Souz. Exec. § 103. Em regra nem uns embargos suspendem a execução das cartas de Partilhas; Ord. Liv. 4. tit. 96. § 22.; salvo os casos referidos, no §. 138.

tem pela posse legal em virtude da sucessão hereditária, na conformidade da lei (¹¹³⁷).

Da penhora.

§ 165 Quando o exequente tem de haver alguma quantidade de dinheiro ou de outra coisa que se costuma contar, pesar, ou medir, e o cabeça de casal ou outro herdeiro que está obrigado pela sentença de partilha, tendo sido citado e requerido para pagar ou dar penhores, não o tem feito no prazo de vinte e quatro horas, que lhe foi assignado; o Escrivão estende certidão nos autos; e a requerimento do exequente, expede-se o mandado de penhora (¹¹³⁸).

Feita a penhora, procede-se nos mais termos como nas execuções das sentenças condemnatorias (¹¹³⁹)

Dos embargos á execução das cartas de partilhas.

§ 166 As partilhas legitimamente feitas e julgadas por sentença, não podendo rescindir-se, devem ser logo executadas, mettendo-se os herdeiros na posse dos seus quinhões hereditarios, segundo as cartas ou formaes extrahidos do processo, sem embargo de quaesquer embargos com que as outras partes á isso venhão (¹¹⁴⁰). Mas allegando algum dos herdeiros nullidade do processo (¹¹⁴¹), injustiça da

¹¹³⁷ Alvará de 9 de Novembro de 1754.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 4. § 4.

¹¹³⁸ Ord. Liv. 3. tit. 86. pr. § 7.; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 21. n. 86.; Cald. For. Liv. 2. Quest. 33. n. 1.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 6. n. 12.; Gomes Man. Pract. Cap. 20. n. 6.

¹¹³⁹ Praxe Bras. § 383. segg.

¹¹⁴⁰ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 22.; Barb. Rem. á cit. Ord. n. 1.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 9.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 8.

¹¹⁴¹ A nullidade do acto juridico resulta da falta de alguma solemnidade essencial á forma interna ou externa do acto. Umas vezes a nullidade provém *ipso jure*, isto é, por expressa declaração da lei; outras vezes verifica-se, quando o interessado a reclama. Se a nullidade é estabelecida pela lei, por considerações de interesse publico, é insuprivel, e qualquer pode argui-la mas sendo estabelecida em favor do interesse das partes, só a

sentença (¹¹⁴²), erros e lesões da partilha (¹¹⁴³), podem ser as cartas embargadas na execução para que as partilhas sejam declaradas nullas, ou emendadas, quanto permitta o direito, compondo-se os prejuizos dos que tiverem sido lesados (¹¹⁴⁴).

E quanto aos effeitos do recebimento d'estes embargos, a regra geral é que devem ser recebidos em auto apartado, attenta a generalidade da citada Ordenação (¹¹⁴⁵) comtudo escriptores ha que admittem com effeito suspensivo, muitas especies de embargos á execução das cartas de partilhas (¹¹⁴⁶); mas á não serem embargos de nullidade constante dos autos (¹¹⁴⁷), de solução provada por

peessoa lesada pode se prevalecer della; e se não quer fazer valer o seu direito, o acto continúa valido. E não basta que se allegue a nullidade para que seja attendida a parte lesada, ainda é preciso que se mostre fomento de justiça no caso de que se trata; Valasc. Partit. Cap. 39. n. 71.; de Jur. Emphit. Quest. 6. n. 14.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 3.

¹¹⁴² Maced. Decis. 60.; Per. de Revis. Cap. 64. n. 1.; Cap. 83. n. 4; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 4. n. 8. segg.

¹¹⁴³ A causa da emenda da partilha, depois de julgada por sentença, é a lesão, com tanto que seja pedida dentro de um anuo, sendo ao menos da sexta parte, com relação á todo o quinhão hereditario daquelle que se queixa; Ord. Liv. 4. tit. 96. §§ 19, 20.; Valasc. Partit. Cap. 39. n. 28.; ou dentro de 15 annos, sendo a lesão enorme; Ord. Liv. 4. tit. 13. § 5.; ou dentro de 30 annos, sendo enormissima; e neste caso pode requerer-se não só a emenda mas até a mesma nullidade da partilha; Ord. Liv. 4. tit. 13. § 10.; Valasc. Partit. Cap. 39. ns. 53, 54, 55, 56.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 20. Postoque pareça que a Ord. Liv. 4. tit. 96. §§ 18, 19. exclue a revogação e revisão da partilha em todo e qualquer caso, mandando que as partilhas se não desfçam, mas que os outros herdeiros componhão a direita parte do herdeiro lesado; comtudo se hoverem erros tão graves que não seja possivel emendar-se, sem reformar inteiramente a partilha, ella deve annullar-se e fazer-se segunda; Valasc. Part. Cap. 39. n. 77.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 17. n. 2.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 14. n. 7.

¹¹⁴⁴ Valasc. Partit. Cap. 39. n. 8.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 14. n. 5.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 1. segg.

¹¹⁴⁵ Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. § 2. e notas 1, 2.; Per. de Carv. Lin. Orph. not. 197.; Alm. Souz. cit.

¹¹⁴⁶ Guerr. Trat. 2. Liv. 8.

¹¹⁴⁷ Sendo cousa certa em direito, que a sentença nulla não é sentença; Cap. fin. de Sent. et. re rejud. in 6.; Clement. Pastoralis. eod. tit.; e que o acto nullo não produz algum effeito de direito; Cod. Liv. 6. tit. 58. fr. 4.; D. Liv. 37. tit. 4. fr. 8. § 2 ; Liv. 49. tit. 1. fr. 19.; tem os practicos como regra verdadeira que os embargos de nullidade, sendo provados com os mesmos autos, ou com documentos oferecidos *in continenti*, suspendem a execução da sentença; Peg. For. Cap. 5. n. 22.; Per. de Revis. Cap. 5. n. 2, 6.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 3. n. 1.; e esta regra applica-se ainda ás sentenças de partilhas; Reynos. Observ. 21. n. 22.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. § 3. not. 2.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 3. n. 1. segg.

documentos⁽¹¹⁴⁸⁾, e de restituição de menores (§ 138), á todos resiste a disposição geral da mesma Ordenação (¹¹⁴⁹).

Da emenda da partilha.

§ 167 Quando o juiz manda por sentença emendar os erros da partilha, faz-se a emenda no mesmo processo, formando-se um auto de conta, em que se compõem em dinheiro pelos outros coherdeiros o que falta ao lesado para complemento do seu quinhão, ficando salvos os bens e fazendas que cada um tiver na partilha já feita (¹¹⁵⁰).

Mas se a partilha fôr julgada nulla, emenda-se formando nova partilha, porque tudo volta ao estado em que antes estava (¹¹⁵¹) comtudo, sendo possível attende-se a posse dos herdeiros, lançando no quinhão de cada um os mesmos bens (¹¹⁵²).

¹¹⁴⁸ Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 6; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. 14. n. 5.

¹¹⁴⁹ Alm. Souz. cit.; Obrig. Recipr. 721.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 8.

¹¹⁵⁰ Ord. Liv. 4. tit. 96 19.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.; Coelho da Rocha § 495. O remedio das tornas é concedido para a igualdade da partilha e cada um haver directamente o que lhe pertence.

O engano ou erro por se lançar nos quinhões alguns bens alheios ou impartiveis, ou por terem sido repetidas, trocadas ou esquecidas algumas cousas, de que tenha resultado desigualdade na partilha, emenda-se mandando o juiz restituir á seu dono o que fôr seu e compôr aos herdeiros lesados, dando-se-lhes fazenda equivalente do casal, afim de se fazer a partilha com igualdade sem tornas, em quanto puder ser; Valasc Partit. Cap. 40.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

¹¹⁵¹ Ord. Liv. 4. tit. 96. § 21.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. § 7. Nota 1.

¹¹⁵² Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. § 7. n. 2. Posto que se annulle a partilha e se mande fazer outra, todavia não entrão na segunda os fructos que os herdeiros perceberão, assim pelo titulo e boa fé em que estiverão, como pela desigualdade que se segueria entre elles. A nova partilha neste caso se entende sómente para o refazimento dos quinhões em que houve erro; Costa Estit: da Casa da Supl. pag. 210.; Paiva e Pona Orph. Cap. 7. n. 72.

Mas se, durante a cansa de nullidade da partilha, perecerão alguns bens sem culpa dos herdeiros, o prejuizo é da herança e não do herdeiro á quem forão adjudicados esses bens , porque a nullidade, assim da partilha, como do contracto, impede a transferencia do dominio; e a cousa perece sempre por conta do seu dono; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 17. n. 3, 4.

INDICE

PARTE GERAL

TITULO PRIMEIRO

Da herança e da sucessão

CAPITULO PRIMEIRO

DA HERANÇA

§ 1. Noção	4
§ 2. Do herdeiro	6
§ 3. Dos direitos que se transmitem aos herdeiros	7
§ 4. Da addição da herança	8
§ 5. Renuncia da herança	9
§ 6. Do direito de deliberar	11
§ 7. Dos efeitos da addição e renuncia da herança	11
§ 8. Do beneficio do inventario	12

Capitulo segundo – da sucessão.

§ 9. Noção.....	14
§ 10. Dos modos porque se succede	14
§ 11. Da representação	15

Secção primeira – Da sucessão legitima

§ 12. Noção e especies.....	16
-----------------------------	----

I) Successão dos descendentes.

A) Dos filhos legítimos.

§ 13. 1) Do matrimonio entre si	17
§ 14. 2) Do primeiro com os do segundo matrimonio.....	17

B) Dos filhos illegítimos.

§ 15. 1) Naturaes reconhecidos pelo pae por escriptura publica ou testamento.....	19
§ 16. 2) Dos naturaes não reconhecidas por seus progenitores, nem por testamento, nem por escriptura publica	21
§ 17. 3) Dos espurios.....	23

C) Dos filhos legitimados.

§ 18. 1) Por subsequente matrimonio.....	24
§ 19. Por carta judicial	26
§ 20. D) Dos netos e mais descendentes	28
§ 21. II) Successão dos ascendentes.....	29
§ 22. III) Da successão dos collateraes	30
§ 23. IV) Da successão dos conjuges	31
§ 24. V) Da successão da fazenda nacional	32
§ 25. Das pessoas excluidas da successão legitima	32

Secção segunda

Da sucessão testamentaria

§ 26. Noção.....	34
§ 27. Das pessoas que podem ser nomeadas herdeiros.....	35

Capítulo terceiro

§ 28. Da legitima	37
-------------------------	----

Capítulo quarto

II) Dos legados e fideicomissos.

§ 29. Noções e diferenças.....	38
§ 30. Das pessoas que podem deixar legados ou fideicomisso, assim como recebe-los.....	41

A) Dos legados em particular

§ 31. 1) Generalidades.....	42
§ 32. 2) Do objecto do legado	43
§ 33. 3) Influencia da nullidade do testamento sobre o legado	44
§ 34. 4) Aceitação e renuncia do legado	45
§ 35. 5) Extincção do legado pelo perecimento do objecto deixado	46

B) Em quanto á modalidade.

I) Condição.

§ 36. Da condição possível	47
§ 37. Da condição suspensiva	48
§ 38. 2) Do tempo.....	49
§ 39. 3) Modo	50
§ 40. 4) Condição impossivel	51
§ 41. Do legado do credito deixado á terceira pessoa	53
§ 42. Do legado da divida do credor	53

§ 43. O legado deixado ao credor se compensa da dívida	54
§ 44. Do legado dos moveis	55
§ 45. Do legado de opção ou de quantidade	55
§ 46. C) Do legado deixado por falsa causa ou com falsa demonstração; e do erro do nome do legatário ou da coisa legada	56
§ 47. Da aquisição e entrega do legado.....	57
§ 48. Revogação e caducidade do legado	59
§ 49. Do direito de accrescer	61

TITULO SEGUNDO

Das acções que competem aos herdeiros e legatários.

§ 50. Introdução	63
------------------------	----

Capitulo primeiro

Das acções que competem ao herdeiro.

Secção primeira

Da acção de petição da herança

§ 51. Noção.....	63
§ 52. Dos requisitos desta acção.....	65
§ 53. Das excepções do réu	66

Secção segunda

Da acção de partilha (familiae esciscundae)

§ 54. Noção.....	67
§ 55. A' quem compete esta acção.....	68

§ 56. Contra quem se dirige a acção de partilha	69
§ 57. Do modo de se propôr a acção	71
§ 58. Da defesa e excepções do réo	72
§ 59. Da forma summaria d'esta acção.....	74

Secção terceira

§ 60. Da acção para pedir a partilha dos bens sonegados.....	75
--	----

Capitulo segundo

§ 61. Das acções que competem ao legatario	77
§ 62. Das excepções do réo	79

TITULO TERCEIRO

Da jurisdição e competencia.

Capitulo primeiro

§ 63. I) Jurisdição e suas especies	80
---	----

Capitulo segundo

II) Da competencia.

§ 64. A) Noções geraes	81
§ 65. B) Do fôro competente para o inventario e partilhas.....	83
§ 66. C) Do fôro qm que deve ser demandado e cumprido o legado ou fideicommisso	85

TITULO QUARTO

Do juízo Orphanológico

§ 67. A) Noção do juízo orphanológico.....	87
§ 68. Causa, lide e instância o que sejam	87
§ 69. B) Das pessoas que compõem o juízo orphanológico	87

Capítulo primeiro

§ 70. Dos juizes dos Orphãos	88
§ 71. Da jurisdição e attribuições provativas dos luizes dos orphãos.....	89
§ 72. Dos juizes dos Orphãos	93

Capítulo segundo

§ 73. Dos escrivães dos orphãos.....	94
§ 74. Dos deveres dos escrivães dos orphãos	94
§ 75. Das cousas que são prohibidas aos escrivães dos orphãos.....	97

Capítulo terceiro

Do curador geral dos orphãos

§ 76. Curador Geral o que seja.....	99
-------------------------------------	----

PARTE ESPECIAL

DO INVENTARIO E DAS PARTILHAS

TITULO PRIMEIRO

Do inventario solemne.

Capitulo primeiro.

Ideias geraes a respeito do inventario

§ 78. Noção e divisão.....	102
----------------------------	-----

I) Das pessoas que são obrigadas á fazer inventario.

§ 79. A) Em razão da herança, successão ou administração.....	103
§ 80. B) Em razão de officio.....	105
§ 81. II) Do tempo em que deve começar e concluir-se o inventario	108
§ 82. III) Dos efeitos do inventario	111
§ 83. Da prova que resulta do inventario	112

Capitulo segundo.

Dos modos porque se instaura o inventado.

§ 84. A) Por officio do juiz	114
§ 85. B) A' requerimento de parte	115

Capitulo terceiro.

I) Do cabeça de casal.

§ 86. A) Quem fica na posse da herança para dar partilha.....	116
§ 87. B) Da viuva cabeça de casal	117

§ 88. C) Do herdeiro cabeça de casal	120
--	-----

II) Dos deveres do cabeça de casal.

§ 89. A) Em geral	122
-------------------------	-----

B) Em particular.

§ 90. I) Do juramento	124
-----------------------------	-----

§ 91. II) Das primeiras declarações	125
---	-----

§ 92. III) Dosequestro da posse em que está o cabeça de casal	126
---	-----

Capítulo quarto.

Dos actos do processo do inventario.

Secção primeira

Da citação

§ 93. Citação o que seja. Suas especies	127
---	-----

§ 94. Dos requisitos da citação para o juízo das partilhas	129
--	-----

§ 95. Das pessoas que devem ser citadas para o inventario	130
---	-----

Secção segunda

§ 96. Da habilitação dos herdeiros	132
--	-----

Secção terceira

Da louvação

§ 97. Nomeação dos louvados	133
-----------------------------------	-----

§ 98. Do juramento aos louvados	135
§ 99. Se os avaliadores nomeados são obrigados á acceitar nomeação.	135
§ 100. Das recusações e suspeições.....	136
§ 101. Do terceiro louvado	137

Secção quarta

Da descripção dos bens

§ 102. Quaes os bens que devem ser descriptos no inventario	138
§ 103. Como se procede quando ha duvida entre os herdeiros sobre pertencerem ou não alguns bens á herança	141

Secção quinta

Das collações

§ 104. O que seja collação	142
§ 105. Quaes as pessoas obrigadas á collação	143
§ 106. Cessa a obrigação de conferir, se o filho ou filha se abstem da legitima	144
§ 107. Qual é o objecto da collação.....	146
§ 108. Collação dos prazos	150
§ 109. Da collação dos dotes e doações feitas pelo avô.....	151
§ 110. Quaes os bens que não vêm á collação	152
§ 111. Do modo porque se faz a collação	156

Secção sexta

Das avaliações

§ 112. Avaliação do que seja	157
------------------------------------	-----

§ 113. Qual o tempo que se attende para as avaliações dos bens da herança e da terça.....	158
§ 114. Como se procede ao fazer das avaliações	161
§ 115. Das avaliações dos bens que estão fóra do districto.....	163

Secção setima

Das dividas passivas e despesas do funeral e bem d'alma

§ 116. I) Das dividas passivas.....	164
§ 117. II) Das despesas do funeral e bem d'alma.....	167
§ 118. A) Despesas do funeral	167
§ 119. B) Das despesas do bem d'alma	168

Secção oitava

§ 120. Do encerramento do inventario	170
--	-----

Capitulo quinto

Da liquidação da herança e deliberação da partilha

§ 121. Da liquidação da herança.....	171
§ 122. Da deliberação da partilha	172

TITULO SEGUNDO

Das partilhas

I) Noção, modos e condição das partilhas.

§ 123. A) Noção	174
-----------------------	-----

§ 124. B) Dos modos porque se fazem as partilhas	175
§ 125. C) Condição das partilhas	177

II) Das cousas que não sofrem partilha

§ 126. A) Por natureza	179
§ 127. B) Por disposição da lei	181

III) Da ordem que se deve guardar nas partilhas

§ 128. A) Entre o conjuge sobrevivente e os herdeiros do premorto	182
§ 129. B) Entre os herdeiros legítimos ou testamentários	185
§ 130. C) Partilha da terça	186
§ 131. Quaes são os bens que se contão para a deducção da terça	187
§ 132. D) Partilha dos fructos	188

IV) Forma da partilha

§ 133. A) Auto	189
§ 134. B) Conferencia da partilha	189
§ 135. C) Da sentença	190
§ 136. D) Das cartas de partilhas	191

TITULO TERCEIRO

Dos recursos

§ 137. Noção	193
--------------------	-----

Secção primeira

Dos embargos

§ 138. A) Contra as partilhas feitas por processo e tela judiciaria	196
§ 139. B) Contra as partilhas extrajudiciaes	198
§ 140. C) Dos embargos de restituição	200

Secção segunda

Da apelação

§ 141. Noção geral	201
§ 142. Interposição da apelação	203
§ 143. Da avaliação da causa	205
§ 144. Recebimento da apelação	205
§ 145. Dos efeitos da apelação	206
§ 146. Da atempação	207
§ 147. Seguimento da apelação	208
§ 148. Deserção da apelação	209
§ 149. Do processo e julgamento da apelação na instancia superior...	211

Secção terceira

§ 150. Do arbitrio de bom varão	212
---------------------------------------	-----

Secção quarta

§ 151. Dos agravos	216
§ 152. Dos agravos de petição	216
§ 153. Dos agravos de instrumento	218

§ 154. Da interposição e preparo dos agravos de instrumento.....	219
§ 155. Do julgamento dos agravos	220
§ 156. Dos agravos no auto do processo	221
§ 157. Dos requisitos do agravo no auto do processo.....	222
§ 158. Do julgamento dos agravos no auto do processo	222

Secção quarta

§ 159. Da Revista.....	223
§ 160. Interposição e apresentação do recurso no Tribunal superior	224

TITULO QUARTO

Da execução das cartas de partilhas

§ 161. Noção	225
§ 162. Do juiz competente para a execução das cartas de partilhas.....	225
§ 163. Da citação para a execução da sentença	227
§ 164. Carta de posse.....	228
§ 165. Da penhora	229
§ 166. Dos embargos á execução das cartas de partilhas	229
§ 167. Da emenda das partilhas	231